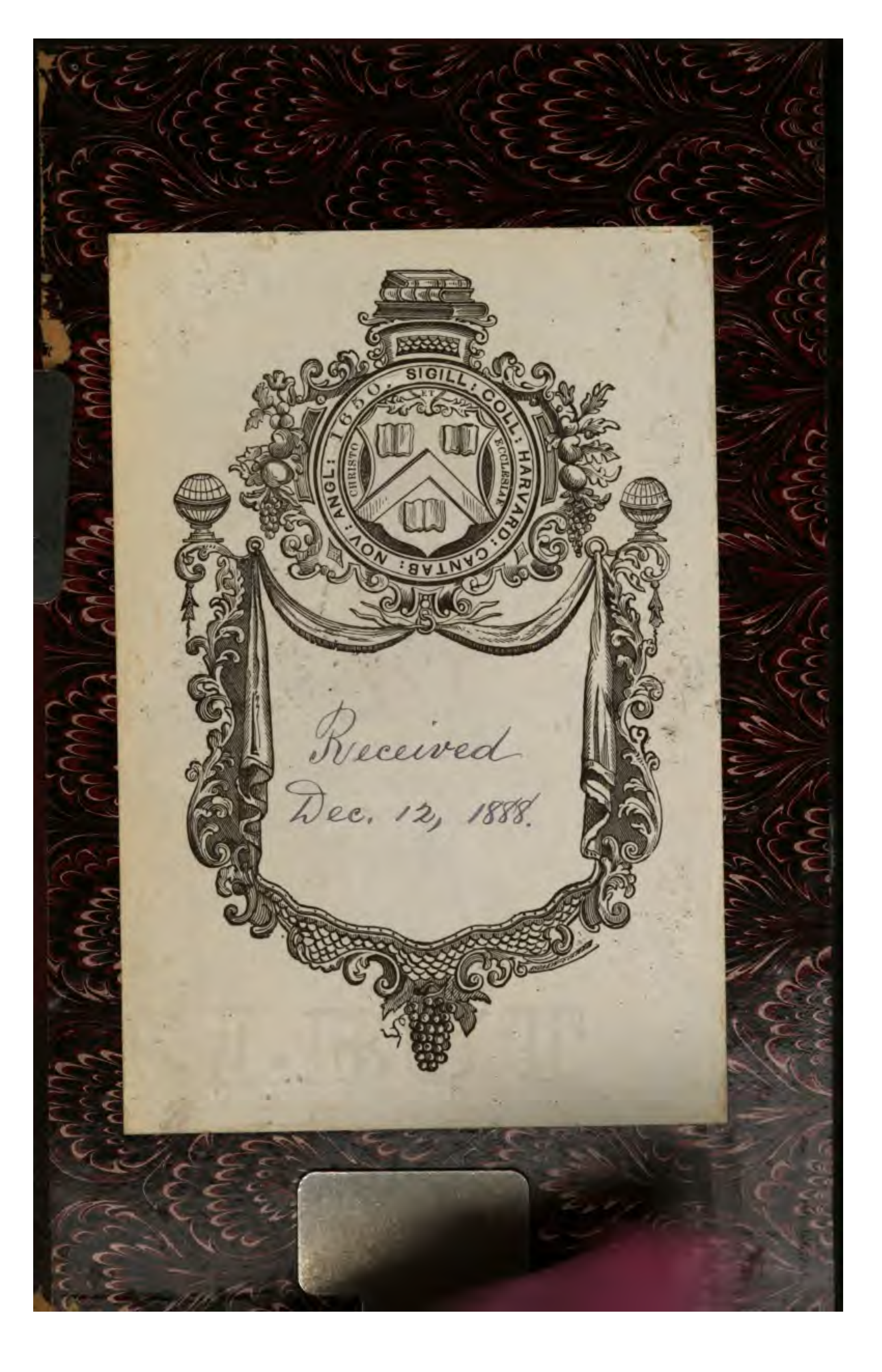
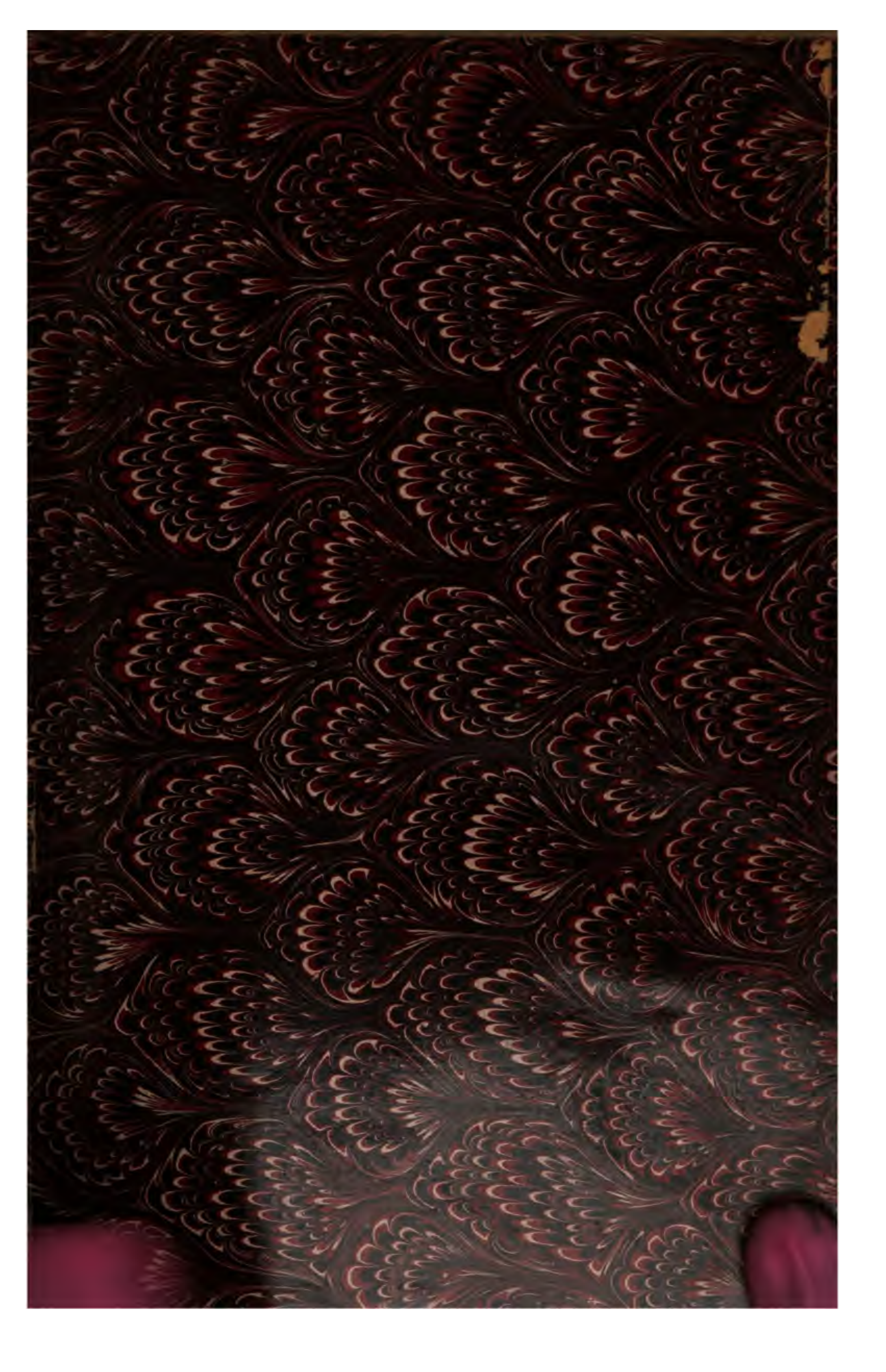

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 929 730


SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
Received
Dec. 12, 1888.



Die Lehre

vom

Rechtserwerb durch Tradition

nach

österreichischem und gemeinem Recht

von

Dr. Adolf Exner,

Privatdozenten an der Wiener Universität.

Wien 1867.

Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung.

ForTy

E

Rec. Dec. 12, 1888.

Vorwort.

Das vorliegende Buch ist aus gleichzeitiger und vergleichender Beschäftigung mit dem römischen und österreichischen Sachenrecht entstanden, und demgemäß muß sein Titel schon den Standpunkt innerhalb der österreichischen Civilistik charakterisiren, auf den sich der Verfasser stellen will, den Weg der Forschung, den er für den richtigen erkannt und eingeschlagen hat, um nach seinen Kräften, wie sie eben sind, womöglich etwas Brauchbares zu leisten. Es ist der Weg, den die Partikular-Rechtswissenschaft in anderen Gebieten Deutschlands — angeregt und getragen von den durchschlagenden Erfolgen der historischen Schule — vorlängst betreten hat, der aber für die Jurisprudenz Oesterreichs bekanntlich erst vor wenig Jahren durch Unger eröffnet wurde. Seither wird das neu eroberte Feld von Letzterem zwar mit bewährter Meisterschaft beherrscht und erweitert, aber noch heute keineswegs unbestritten behauptet; denn die Zahl der Gegner ist groß, so groß beinahe, als die Zahl Derjenigen, deren juristische Lehrjahre in die Zeit des Naturrechtskultus und der wissenschaftlichen wie

politischen Absperrung Oesterreichs fallen. Jenes Naturrecht zwar ist heute todt, begraben und verschollen, aber diejenige Methode der Behandlung des positiven Rechtsstoffes, die es erzeugt hat, ist leider lange bei uns noch nicht überwunden; der Geist des Naturrechts geht heute noch um, er führt den spekulirenden Juristen, der fragend vor einem schwierigen Problem steht, im Kreis der Gesetzbuchparagraphen ruhelos herum, bis dieser endlich da anlangt, von wo er ausgegangen: dicke Nebel verhüllen ihm die grüne Weide des gemeinen Rechts mit der ganzen Fülle seiner reichen Literatur. Dieser Geist muß also gebannt werden, und das geschieht am sichersten dadurch, daß auf möglichst vielen Gebieten unseres Privatrechts gezeigt wird, was sich gegenüber den Resultaten jener älteren Methode, — die bei allem Scharfsinn mit dem bloßen Aussichherauserklären des Gesetzbuchs nie weiter gekommen ist, als Exegese und Kasuistik allein es eben bringen können, — durch Heranziehung und Ausnutzung des großen Kapitals der gemeinen deutschen Rechtsliteratur erreichen läßt. Dazu soll die vorliegende Schrift einen bescheidenen Beitrag liefern. Ihr Gegenstand ist, wie wenig andere auf dem Gebiet unseres Privatrechts, geeignet diesem Zweck zu dienen: Nur ein Paar dürftige Paragraphen sind im a. bürg. Gb. der Lehre von der Tradition gewidmet, und diese gehören nach Form und Inhalt theilweise zu dem Mißlungensten, was das Gesetzbuch aufweist, abgesehen davon, daß sie gerade die schwierigsten Fragen unserer Lehre ungelöst lassen. In letzterer Beziehung braucht nur beispielsweise an die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der causa traditionis und an die wichtigen Kontroversen erinnert zu werden, die sich an die Stellvertretung im Traditionsvertrag

knüpfen. Sie und viele Andere sind durch Zergliederung und Exegese des Gesetzbuchs schon darum nicht lösbar, weil dieses in seinem ganzen Text dazu nirgends einen genügenden Anhaltspunkt gewährt; hier muß also von anderwärts her das Material beigebracht werden, und je reichlicher desto besser, wenn der Bau beginnen und gelingen soll. Ob und wie weit er mir im beschränkten Rahmen dieser Arbeit gelungen ist, darüber erwarte ich das Urtheil Berufener mit dem Bewußtsein, nach den richtigen Prinzipien, mit warmer Hingebung an die Sache gearbeitet zu haben und keiner Schwierigkeit aus dem Wege gegangen zu sein.

Insofern diese Schrift das gemeine Recht angeht, ist wenig zum Voraus zu bemerken. Wer den heutigen Stand der Wissenschaft kennt, wird nicht erwarten, daß die Lehre von der Tradition auf neue Grundlagen gestellt werde; aber sie ist, wie nicht viele, im Einzelnen bestritten und voll von Schwierigkeiten, ihre Literatur bis auf die neueste Zeit herab umfangreich, in Werken aller Art zerstreut und der kritischen Sichtung vielfach bedürftig: ich war bestrebt den ersteren überall selbstständig auf den Grund zu gehen, und letztere so vollständig als möglich zu verarbeiten. Erwägt man hiezu, daß in Folge von Eigenthümlichkeiten des österreichischen Rechts manche von meinem Thema scheinbar abliegende Materien in den Kreis dieser Untersuchung hereingezogen werden mußten, die in verschiedene Rechtsgebiete einschlagend weiter greifende Vorstudien erheischten, wie die Lehre von der rechtlichen Natur des Connossementgeschäfts, der Gesammtsachen u. a., so wird man immerhin den Umfang des Materials nicht unterschätzen, an dessen Bewältigung sich eine noch ungeübte Hand versuchte. —

In unserer zukunftschweren Zeit muß es jedem Deutsch-Oesterreicher, der die Kraft zu arbeiten in sich fühlt, ganz besonders am Herzen liegen, werkthätig Zeugniß davon zu geben, daß wir nicht abseits stehen wollen vom Gang der wissenschaftlichen Arbeit in Deutschland. Thue das Jeder auf seinem Gebiete und nach seinen Kräften; dieß Buch aber, möge es in seiner kleinen Sphäre von Neuem bestätigen, daß der nach Oesterreich hereinragende Ast vom großen Baume der deutschen Rechtswissenschaft auch kein dürrer geblieben ist.

Mondsee, im August 1867.

A. Exner.

Inhalts-Uebersicht.

I.

Begriff und rechtliche Natur der Tradition. (S. 1—22.)

II.

Objekte der Tradition. (S. 23—49.)

III.

Erfordernisse der Tradition. — Rechtsgrund. (S. 50—85.)

IV.

Der Apprehensionsakt. (S. 86—124.)

V.

Tradition durch Stellvertreter. (S. 125—151.)

VI.

Die s. g. symbolische Tradition. (S. 152—252.)

Besitzübertragung. Charakteristik dieser Formen: „Merkmale", „Symbole"; insbesondere die „Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird". Kontroverse darüber. Die zur symb. Tradition rechtlich qualifizirten Urkunden: 1) Eigenthumsurkunden, 2) die s. g. Erwerbstitel, 3) Dokumente, wonach ein dritter Inhaber der Sache zur Herausgabe derselben an den Geber rechtlich verpflichtet erscheint.

Insbesondere vom Connossement: die juristische Natur der durch dasselbe erzeugten Rechtswirkungen nach heutigem gemeinem Recht. Die ältere Traditionstheorie in ihren verschiedenen Gestalten unhaltbar. Die neueren Verfechter der bloß obligatorischen Wirkung, Gesterding, Bluntschli, Thöl u. A. Ihering's Cessionstheorie; Modifikation derselben nach Bähr und Bekker. Kritik (Interpretation der L. 63. D. R. V.). Zimmermanns Konstruktionsversuch; die Theorie Labands. Kritik. — Basis der zu führenden Konstruktion: Die traditionelle Anschauung der maßgebenden Verkehrskreise von der dinglichen Wirkung der Connossementübertragung. Formelle Natur des Geschäfts. Zweifacher Inhalt: das nothwendige obligatorische, und das mögliche dingliche Element. Die Einhändigung einer über das verfrachtete Vertragsobjekt ordnungsmäßig errichteten Connossementurkunde ist eine vom modernen Handelsverkehr erzeugte neue Form des dinglichen Vertrags. Bedeutung derselben für den Verkehr; Verhältniß zur Tradition. Emanzipation der Rechtsübertragung von der Sachübertragung. —

Das Anwendungsgebiet der symb. Tradition nach österr. Rt. Mobilien, „welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen." Bedeutung dieser Einschränkung; bloß subsidiäre Zulassung der symb. Tradition. Anwendung derselben auf „Gesammtsachen". Rechtliche Natur der Sachgesammtheit; heutiger Stand der Frage. Insbesondere die Theorie von Girtanner und Baron. Ausgangspunkt: die Lehre von der vindicatio gregis; Voraussetzungen derselben (L. 1. §. 3., L. 2, 23, §. 5. D. R. V.); der angebliche Widerspruch zwischen L. 2. u. L. 3. pr. D. R. V. Interpretation der Stellen. Erfolg der vind. gregis: a) Umfang der Restitutionspflicht des unterliegenden Besitzers (L. 23. §. 5. cit., L. 2. cit. Girtanners und Barons Auslegungen), b) Gegenstand der res judicata (L. 21. §. 1. D. except. r. j.). Bedeutung und Tragweite der vind. gregis. Natur des „dominium" gregis; Erwerb desselben durch Tradition? Nießbrauch und Pfandrecht an der universitas gregis? Besitz? (Barons Interpretation der L. 68. §. 2., L. 69. D. R. V., L. 30. §. 2. D. usurp.) Durch die vind. gregis wird die Girtanner'sche Auffassung vom grex als universitas juris nicht gerechtfertigt. Solche univ. rer. gibt es überhaupt nicht. Juristische Bedeutung von rechtlichen Dispositionen über s. g. Gesammtsachen. — Auch das österr. Recht hat die universitates rerum nicht zu „ideellen Rechtsobjekten" erhoben: es gibt kein Eigenthum, Pfandrecht u. s. w. an der „Gesammtsache" als solcher. Durch symb. Tradition derselben entsteht das betreffende Rechtsverhältniß an den Einzelnsachen.

Kritik der Bezeichnung „symbolische Tradition" für die besprochenen Erwerbsformen. Begriff des „Symbols".

VII.

Einfluß des Zwangs, Betrugs und Irrthums auf die Giltigkeit der Tradition. (S. 253—287.)

VIII.

Wirkung der Tradition. — Schluß. (S. 288—314.)

Beilagen.

Verbesserung.

Seite 34. Zeile 4 v. o. hat zu lauten: „sondern usus das dem Besitz zu Grunde liegende corpus ist."

I.

Begriff und rechtliche Natur der Tradition.

Aller Rechtserwerb scheidet sich bekanntlich in ursprünglichen und abgeleiteten. Das Charakteristische des Letzteren liegt darin, daß hier das Rechtsverhältniß des Erwerbers schon durch die juristische Thatsache seiner Entstehung abhängig ist von einem andern Rechtsverhältniß einer bestimmten andern Person, des Auktors. Kraft dieser Abhängigkeit erscheint jenes auf dieses gegründet, von ihm abgeleitet,[1]) d. h. seine rechtliche Existenz ist bedingt durch die des Ersteren, seine Quantität und Qualität ist durch dasselbe limitirt. Vom Standpunkt des Auktors stellt sich der so beschaffene Rechtserwerb als Rechtsübertragung dar, indem das betreffende Recht aus seiner Vermögenssphäre ausgeschieden und in die des Erwerbers gebracht wird.[2]) Dabei macht es

---

[1]) Savigny, System III. S. 10.

[2]) Der Begriff der Rechtsübertragung, wie er hier in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre angewendet wird, ist bekanntlich von Kuntze (die Obligation und Singularsuccession §. 15 ff.) lebhaft angefochten worden, und wird neuerdings wieder von Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) S. 166 f. als der Ausdruck einer irrigen Vorstellungsweise abgelehnt. Die Meinung beider Schriftsteller geht im Wesentlichen dahin: das Recht des Erwerbers sei mit dem Recht des Auktors niemals identisch, es sei vielmehr stets ein neues Recht; identisch sei nur der „Stoff" beider Rechte. Da also in allen Fällen des derivativen Erwerbs keineswegs das Recht selbst übertragen werde, sondern stets nur „der in einem Dürfen bestehende Stoff eines Rechts" (Neuner, a. a. O. S. 118), so dürfe man von Rechtsübertragung überhaupt nicht sprechen. — Hieran ist allerdings so viel richtig, daß das Recht als solches von seinem

keinen Unterschied, ob das erworbene Recht, als besonderes Recht, schon dem Auktor zustand, oder ob es, in dieser seiner konkreten Gestalt, für

---

Subjekt nicht eigentlich abgelöst werden kann (A. M. jedoch auch hierüber Windscheid, die Aktio S. 157 ff. Pand. I. S. 140); ist es ja doch ein Verhältniß, eine ideelle Beziehung dieses Subjekts zu etwas Aeußerem (Recht im subjektiven Sinn). Wahr ist also, daß nur die objektive Seite eines Rechts, sein Inhalt, in den Herrschaftskreis eines anderen Subjekts „übertragen" werden kann. Allein diese Wahrheit ist nicht geeignet, den Begriff der Rechtsübertragung aus unserer Wissenschaft zu verdrängen. Wir bezeichnen durch ihn einen juristischen Vorgang, der weit mehr ist, als bloße Uebertragung des „Rechtsstoffes": auch der Usukapient, der Okkupant derelinquirter Sachen überkömmt denselben Rechtsstoff, den sein Vorgänger innehatte; in gewissen andern Fällen aber, die sich ebendadurch insbesondere auszeichnen, kommt der Nachfolger nicht nur an dieselbe Stelle zu stehen, die bisher der Vorgänger einnahm (Identität des Stoffes), sondern er steht dort, weil, insoweit und so fest, als dieser dort stand; er folgt nicht nur in die Stelle, sondern in die Stellung seines Auktors. Für dieses besonders wichtige Verhältniß nun bedürfen wir eines technischen Ausdrucks, und dürften schwerlich einen passenderen finden, als eben die „Rechtsübertragung." Freilich ist das „Uebertragen" hier nur Bild (Brinz, Pand. I. S. 200, 563), aber gewiß ein treffendes; denn wie die im buchstäblichen Sinne übertragene Sache hüben zu sein aufhört, um drüben zu erscheinen, so macht es ja das Charakteristische des vorliegenden Rechtsaktes aus, daß ein Recht beim Geber aufhört, damit ein nach Inhalt, Umfang und Festigkeit gleiches Recht beim Erwerber anfange. Bleiben wir also beim „Uebergang des Rechts", da dieser Ausdruck sofort das rechtlich Wesentliche des Vorgangs erkennen läßt, während wir, wo vom Uebergang des „Rechtsstoffes" gesprochen wird, über das juristische Wie dieses Uebergangs immer noch im Unklaren sind. Dieses Wesentliche aber ist der Causal-Zusammenhang zwischen dem Recht des Auktors und dem nunmehr vorhandenen Recht des Erwerbers. (Letzterem wird sein Recht durch den Auktor und aus dessen Recht geschaffen. Brinz, in Bekker's Jahrb. des gem. Rechts, III. S. 32.) — Aus anderen Gründen wird der Begriff der Rechtsübertragung von Lenz (Recht des Besitzes, S. 43—76) verworfen. Dieser Schriftsteller läugnet nämlich den obigen Causal-Zusammenhang schlechtweg (S. 72, 73), ihm ist insbesondere jeder dingliche Rechtserwerb ein originärer: „für die Selbstständigkeit unseres Rechts macht es keinen Unterschied, ob das Objekt bisher einem Andern unterworfen war, oder nicht; .... jeder dingliche Erwerb ist ein wirklich originärer" (S. 52). Damit fällt der Begriff der Rechtsübertragung natürlich von selbst weg; wo wir von einer solchen sprechen, da sieht Lenz zwei einseitige Akte, Aufgeben des Rechts einerseits — Selbstbeschaffung desselben andererseits: „die Tradition schließt immer nur einen Rechtsverlust in sich, einen Rechtserwerb kann sie nicht bewirken" (S. 57), denn „nichts wider-

den Erwerber erst geschaffen wurde, ob also z. B. der Eigenthümer sein Eigenthum überträgt, oder kraft seines Eigenthums eine Servitut bestellt.[3]) Zwar hat die herrschende Theorie diese beiden Fälle streng auseinanderhalten zu müssen geglaubt und sie mit besonderen technischen Ausdrücken bezeichnet (translativer, konstitutiver Erwerb); allein so richtig diese Unterscheidung, rein logisch genommen, sein mag, so überflüssig und unbrauchbar ist sie im Rechtssystem, da sich an sie keinerlei praktisch erhebliche Folgerungen knüpfen; mag das auf derivativem Weg erworbene Recht mit dem Recht des Auktors der Art nach identisch, oder davon verschieden sein, so wird doch in beiden Fällen das Rechtsverhältniß durch dieselben — aus der Natur des abgeleiteten Erwerbs fließenden — Rechtsregeln beherrscht.[4]) Das Wesentliche ist hier wie dort die erwähnte Unselbstständigkeit des erworbenen Rechts, welches das Recht des Auktors zur juristischen Grundlage hat, mit der es stehen und fallen muß.

Insofern nun hierin zugleich das charakteristische Merkmal des

---

streitet mehr dem Wesen des Rechts, als eine Begründung durch Uebertragung" (S. 52). Das scheint mindestens neu zu sein; forscht man aber bei Lenz weiter nach den praktischen Consequenzen, die sich aus obigen paradoxen Sätzen nothwendig ergeben müßten, so findet man, daß es mit diesen denn doch nicht so ernst gemeint ist: denn, wären wirklich das Aufgeben und das Aufnehmen eines Rechts stets juristisch unzusammenhängende Akte, wie Dereliktion und Okkupation, so stünde z. B. nichts entgegen, daß unter Umständen (vgl. L. 18. pr. D. de vi) ein Dritter das Prävenire spielte und das aufgegebene Recht für sich neu begründete. Um dieß zu vermeiden, sieht sich Lenz doch genöthigt, den Tradenten sein Recht nicht schlechthin aufgeben zu lassen, sondern nur „damit der neue Erwerber sein neues Recht selber begründen könne" (S. 57) .... „damit der bestimmte Successor sein neues Recht für sich erwerben könne" (S. 67). Und andererseits kann der Empfänger seinen „selbstständigen, originären" Erwerb wieder nur in soweit wirksam vollziehen, als der bisher Berechtigte sein Recht gerade für ihn erledigt hatte, jedem Andern gegenüber müßte „das alte Recht als unaufgegeben angesehen werden" (S. 68). Man sieht, hiemit ist der oben perhorreszirte Causal-Zusammenhang durch eine Hinterpforte wieder eingeführt, und die so geräuschvoll angekündigte „neue Lehre" von der „Selbstständigkeit des Sachenrechts" erweist sich zuletzt als ein Spiel mit Worten.

[3]) Wir stimmen hierin der Ausführung von Demelius, Oesterr. Gerichtszeitung 1858 Nro. 34 f. ohne Vorbehalt bei.

[4]) S. Demelius, a. a. O. S. 134, wo dieß im Einzelnen nachgewiesen ist.

Rechtsbegriffs der Succession liegt, kann man unbedenklich jeden Fall derivativen Rechtserwerbs als einen Successions-Fall bezeichnen;[5]) die herkömmliche Beschränkung des Begriffs der Rechtsnachfolge auf die Fälle des s. g. translativen (abgeleiteten) Erwerbs beruht auf der eben verworfenen Eintheilung und hat ebensowenig praktischen Werth, als diese. —

Unter den juristischen Thatsachen, durch welche eine Rechtsveränderung, wie wir sie soeben als Succession charakterisirt haben, bewirkt werden kann, steht in erster Reihe der Vertrag; also die beiderseitige Willenseinigung des Auktors und des designirten Erwerbers dahin, daß das bestimmte Recht Letzterem aus der Hand des Ersteren erworben werde. Je nachdem nun das Rechtsverhältniß beschaffen ist, welches durch den Vertrag begründet werden soll, erhält dieser selbst einen verschiedenen Charakter. Es können aber im Allgemeinen sowohl obligatorische, als dingliche und familienrechtliche Verhältnisse durch Vertrag geordnet werden, und wir sprechen demgemäß von obligatorischen, dinglichen und familienrechtlichen Verträgen.[6]) Der innere Gegensatz dieser Vertragsarten beruht auf der durchgängigen Verschiedenheit des rechtlichen Erfolgs, den sie — auf getrennten Gebieten des Rechtslebens — herbeizuführen bestimmt sind. Ein Gegensatz, der sich schon äußerlich in prägnanter Weise darstellt, wenn man den allgemeinsten Inhalt des Parteiwillens, wie er in jeder der obigen drei Klassen verschieden her-

---

[5]) Wächter, Handb. d. württemb. Privatrechts, §. 78. Demelius, a. a. O. — Das Wort „Succession" verlangt allerdings Identität des erworbenen Rechts mit dem des Auktors: man kann nicht in Etwas „nachfolgen", was bisher nicht existirt. Allein dieß beweist eben nur, daß dieses Wort auf unseren Begriff nicht genau paßt; und dieser Umstand kann uns wieder nur veranlassen, entweder den Ausdruck „Succession" als technischen aufzugeben, oder seinen Sinn dahin zu erweitern, daß er einen in unserem Rechtssystem brauchbaren Begriff bezeichnet. Nicht aber sollten wir umgekehrt um jenes Wortes willen unseren Rechtsbegriff in eine Beschränkung hineinzwängen, die ihn zu eng und dadurch unpraktisch macht. — Uebrigens erscheint die Anwendung des Wortes „Succession" auch auf den s. g. konstitutiven Erwerb nicht so widersinnig, wenn man erwägt, daß das neue Recht des Erwerbers in dem Rechte des Auktors immerhin mitenthalten war, wenn auch nicht zu einem „besonderen Recht" gestaltet, so doch seinem materiellen Inhalt nach.

[6]) Von erbrechtlichen Verträgen kann hier abgesehen werden, da wir es ja von vornherein nur mit Singular-Succession zu thun haben.

vortritt, auch sprachlich verschieden formulirt; es wird nämlich, wo es sich um vertragsweise Begründung eines Rechtsverhältnisses handelt, die Willenserklärung des gewährenden Theils sich zurückführen lassen auf die allgemeine Formel: entweder

„Du sollst bekommen" (die Sache, Leistung) — oder

„Du sollst haben" (die Sache, Servitut) — oder

„Du sollst sein" (Gatte, Kind).

Im ersten Fall liegt ein obligatorischer, im zweiten ein dinglicher, im dritten ein familienrechtlicher Vertrag vor.

Wir haben es in der vorliegenden Abhandlung lediglich mit dinglichen Verträgen zu thun; aber auch nicht mit allen dinglichen Verträgen, sondern nur mit den dinglichen Aquisitivverträgen. Von vornherein sehen wir also ab von jenen Verträgen, die nicht die Begründung, sondern die Aufhebung oder Abänderung eines dinglichen Rechtsverhältnisses bezwecken,[7]) und beschränken uns auf die Fälle, wo eine Willenseinigung zweier Personen vorliegt, dahin gehend, daß ein bestimmtes dingliches Recht — sei es nun das Eigenthum, oder ein jus in re aliena an einer vorliegenden Spezies — übertragen werde. Diese Willenseinigung macht die Thatsache des dinglichen (Erwerbs-) Vertrags aus. Derselbe unterscheidet sich insbesondere vom obligatorischen Vertrag schon nach Obigem durch seinen charakteristischen Zweck und Inhalt:[8]) er will und kann nicht eine Forderung schaffen, sondern ein

---

[7]) Vertragsmäßige Aufhebung oder Umgestaltung eines jus in re aliena. Auf die Erörterung der Frage, ob und wie auch auf dingliche Rechte der Novationsbegriff anwendbar sei, müssen wir daher verzichten.

[8]) Wir dürfen uns nicht wundern, im a. b. Gbuch die dinglichen Verträge nicht erwähnt zu finden. Schon die Römer, wo sie von pactio, conventio u. s. w. sprechen, verstehen darunter nur obligatorische Verträge (vgl. L. 1. §. 2—4. D. de pactis, 2, 14.); es liegt nahe, bei der überwiegenden Wichtigkeit des Vertragsbegriffs für den Obligationenverkehr die allgemeine Bedeutung desselben aus dem Auge zu verlieren. Dieß war der gesammten Doktrin des vorigen Jahrhunderts widerfahren (man vergleiche irgend ein Handbuch aus dieser Zeit, z. B. Höpfner, §. 732, der den Vertrag schlechtweg als „acceptirtes Versprechen" definirt, und alle Verträge sofort in obligatorische und liberatorische eintheilt), und findet sich daher naturgemäß in den drei großen aus dieser Doktrin hervorgegangenen Gesetzbüchern wieder. Vgl. Pr. L.-R. I. 5, §. 1, 2 (dazu Koch, Preuß. Privatrecht II. §. 516), Code civil a. 1101 (le contrat est une convention,

Sachenrecht, während aus jenem nur Obligationen entspringen können. Und sei es auch, daß eine solche Vertragsobligation (wie z. B. unter Umständen beim Kauf) bestimmt und geeignet ist, den Promissar mittelbar zum Erwerb eines dinglichen Rechts zu führen, so kann dieser Erwerb selbst doch wieder nur durch einen dinglichen Vertrag zu Stande kommen, der sodann jenem ersten obligatorischen Vertrag als „Erfüllung" gegenübersteht. Der dingliche Vertrag kann also möglicherweise die Erfüllung eines obligatorischen enthalten, er selbst aber kann seiner Natur nach nicht erfüllt werden,[9]) denn sein Inhalt ist ja nicht ein Bekommensollen, sondern ein Haben, nicht ein Versprechen, sondern ein Geben. Es wäre widersinnig beim dinglichen Vertrag von Erfüllung zu sprechen, da nichts vorliegt, was erfüllt werden könnte; denn ist der Vertrag überhaupt nur rechtswirksam, dann hat der Acceptant auf nichts weiter zu warten, er hat das dingliche Recht schon durch den Vertragsabschluß.[10]) — Endlich ist dem dinglichen Vertrag charakteristisch die Einseitigkeit: der eine Kontrahent gibt seine rechtliche Herrschaft über die Sache ganz oder theilweise[11]) auf,

---

par laquelle une ou plusieurs personnes *s'obligent* .... dazu Windscheid, die Lehre des C. N. von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte S. 329, 345), a. b. Gb. §. 861. So weit auch die in diesem §. gegebene Definition gefaßt ist, sie ist doch im Sinne der Gesetzgeber unzweifelhaft nur auf obligatorische Verträge zu beziehen. Vgl. §. 424 mit §. 425. Satz 1. S. auch Zeiller, Commentar III. S. 7: „Ein angenommenes Versprechen .... ist ein Vertrag. Daraus erwächst für den Promittenten eine Verbindlichkeit, sein Versprechen zu erfüllen."

[9]) Genau genommen sollte man auch nicht von Erfüllung obligatorischer Verträge sprechen, denn nicht der Vertrag wird erfüllt, sondern die aus ihm entsprungene Vertragspflicht.

[10]) Auch nach französischem Recht, wo der Eigenthumsvertrag bekanntlich formlos ist, darf man die nachfolgende Uebergabe der Sache keineswegs als Erfüllung dieses Vertrags auffassen; denn die Pflicht, die der Uebergeber hiermit erfüllt, ist keine Vertragspflicht, sondern die, ganz ebenso auch jedem Dritten obliegende, allgemeine Pflicht, dem Eigenthümer seine Sache nicht vorzuenthalten. Da der Promissar durch das nudum pactum Eigenthümer geworden ist, kann er die Herausgabe der Sache kraft seines Eigenthums vom bisherigen Eigenthümer, wie von jedem dritten Besitzer, mit rei vindicatio verlangen.

[11]) Letzteres ist der Fall, nicht nur wenn ein jus in re an der eigenen Sache bestellt, sondern auch, wenn umgekehrt diese selbst unter Vorbehalt eines solchen Rechts hintangegeben wird, z. B. traditio fundi deducto usufructu. Hier ent-

der Andere erwirbt sie. Erhält Ersterer hiefür eine sachliche Gegenleistung, so ist diese Gegenstand eines zweiten, möglicherweise gleichzeitigen dinglichen Vertrags (z. B. Tausch Zug um Zug), der mit jenem ersten nur durch das Medium einer Obligatio in Verbindung steht; diese beiden dinglichen Verträge haben als solche nichts miteinander zu schaffen, nur in sofern sie die Erfüllungsakte Einer zweiseitigen Obligation sind, können sie als in diesem Sinn zusammengehörig angesehen werden. —

Die im Vertrag zu Tage tretende bewußte Willenseinigung mehrerer Personen erzeugt bekanntlich nicht immer als solche schon einen juristischen Erfolg. Das Recht im objectiven Sinn stellt an den Vertrag, soll er zur juristischen Thatsache werden, gewisse Anforderungen, zunächst betreffend den Inhalt des zur Realisirung strebenden Parteiwillens; sodann aber kann sich das Recht — aus hier nicht zu erörternden Gründen[12]) — nicht allemal schon mit dem bloßen Konstatirtsein dieses dem Inhalt nach approbirten Willens begnügen, es verlangt für gewisse Verträge noch außerdem, daß derselbe in einer bestimmten, äußerlich prägnanten Weise erklärt sei. Wir sagen dann, es genüge nicht das „nudum pactum“ — das Vorhandensein der Willenseinigung schlechthin, — sondern es bedürfe zur Wirksamkeit des Vertrags einer rechtlichen Form.

Zu den in diesem Sinn formellen Verträgen haben die dinglichen Erwerbsverträge von Alters her gehört. Es ist bekannt, wie insbesondere nach älterem römischem und deutschem Recht der derivative Erwerb dinglicher Rechte an gewisse, zum Theil feierliche Formen der Uebertragung gebunden war, als da sind Mancipatio, In jure cessio, (später) traditio, — Scotatio, Effestucatio, Adrhamitio u. s. w. und wie noch die modernen deutschen Partikularrechte in dem Institut der Ingrossation eine neue, wichtige Form für dingliche Verträge geschaffen haben.

---

steht nun allerdings aus dem Einen Traditionsakt für beide Theile ein dingliches Recht, allein der Geber erhält das seinige nicht vom Nehmer, sondern schafft es sich selbst; er erwirbt dasselbe auch nicht eigentlich durch den Vertrag, sondern vielmehr gelegentlich des Vertrags; es ist nicht sowohl Gegengabe, als Schmälerung der Gabe.

[12]) S. Ihering, Geist des R. R. II., §. 45.

Unter diesen und all' den mannigfachen andern Formen dinglicher Verträge, die das Rechtsleben anderer Völker hervorgebracht haben mag, ist es nur Eine, die uns hier ausschließlich beschäftigt: das Abschließen des Vertrags durch *tradere*, d. h. durch Hingeben der Sache,[13]) an welcher dem Nehmer das dingliche Recht erworben werden soll.

Das Hingeben mit dem entsprechenden Hinnehmen ist eine äußere Handlung, die an und für sich juristisch gleichgiltig ist und den verschiedensten Sinn haben kann. Rechtlich bedeutsam wird das tradere für uns erst dann, wenn es den sinnlichen Ausdruck einer rechtlichen Willenserklärung, beziehungsweise eines Rechtsgeschäfts bildet. Wo das Hingeben den Sinn hat, daß dem Nehmer durch das Nehmen ein dingliches Recht an der genommenen Sache vertragsmäßig erwachsen soll, so daß also die hingegebene Sache dann als Trägerin eines mit ihr und an ihr gegebenen Rechts erscheint, da ist das „tradere" Form eines dinglichen Vertrags. Und dieser Vertrag selbst, in dieser Form geschlossen, ist Tradition, oder Uebergabe im technischen Sinn. — Nicht hieher gehört also das bloße tradere,[14]) die leere Form der

---

[13]) Von der juris quasi traditio kann hier noch abgesehen werden.

[14]) Das Wort „tradere" bedeutet im weitesten Sinne ganz allgemein „überliefern, überantworten" (z. B. L. 15. D. cond. c. data, 12, 4), sodann, eine Gewalt über eine Sache übertragen, insbesondere die Detention (z. B. L. 20. D. commodati, L. 1. §. 36, 37 D. depositi, L. 31. D. locati. Vgl. Donell, Comment. IV. 19), und den Besitz (L. 18. §. 8. D. damn. infect. L. 12. D. de vi, L. 3. §. 1. D. qui potiores, L. 21. D. de usufruct. L. 15. C. de R. V. cf. L. 16. D. de periculo et comm. non videtur *traditus* is, cujus *possessio* per locationem retinetur a venditore) ohne Unterschied, ob in dieser Besitzübertragung zugleich die Bestellung eines dinglichen Rechts an der Sache (ein dare) liegt, oder nicht. (Si rem *tradi* stipulamur, non intelligimus proprietatem ejus *dari* stipulatori, sed *tantum tradi* L. 28. D. V. O. 45, 1.) — Für das, was wir Tradition im technischen Sinne nennen, haben weder wir noch die Römer einen spezifischen Ausdruck: unser Begriff ist enger, als „traditio," weil er nur den Erwerb dinglicher Rechte durch tradere enthält, aber auch enger als „datio," weil diese auch die Uebertragung solcher Rechte ohne tradere mit umschließt. (Vgl. L. 75. §. 10. D. V. O. Haec stipulatio: fundum Tusculanum *dari*, ostendit se certi esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris *quoquo modo*.)

Tradition ohne den ihr wesentlichen Willensinhalt, und andererseits ebensowenig der dingliche Erwerbsvertrag ohne jene der Tradition charakteristische Form; sei es nun, daß derselbe, wie nach heutigem französischem Recht, überhaupt formlos ist, oder daß er sich in andern Formen verwirklicht. (Manzipation[15]), In Jure Cessio, Ingrossation[16]). Denn eben die Verbindung dieses Inhalts mit dieser Form macht den Traditionsbegriff aus.

Form und Inhalt sind schon ihrem Begriff nach gleichzeitig, denn erstere ist ja nur eine bestimmte Erscheinungsart des letzteren. Wo daher beim Traditionsvertrag beide der Zeit nach auseinander zu liegen scheinen, da ist dieß eben nur scheinbar; in Wahrheit kommt erst in dem Augenblick des Zusammentreffens beider Momente der dingliche Vertrag zu rechtlicher Existenz. Wäre also in einem gegebenen Fall der Consens auf Eigenthumsübertragung zunächst formlos vorhanden, und erst in einem späteren Zeitpunkt der Nehmer — etwa durch Abholen der Sache an einem dritten Ort — zum Besitz gelangt, so wird die Tradition jedenfalls erst in diesem späteren Zeitpunkt existent, aber sie wird es auch jetzt nur dann, wenn jener Consens noch vorliegt; war also der vorher erklärte Wille des Gebers in diesem allein entscheidenden Augenblick bereits wieder zurückgenommen,[17]) oder

[15]) Ursprünglich lag gewiß in jeder Manzipation zugleich Tradition; allein diese hat sich von jener im Lauf der Zeit so vollständig abgelöst, daß man für die klassische Periode wohl sagen darf: „ein Besitzerwerb ist mit der Manzipation nicht verbunden, die Tradition ist ein davon ganz verschiedener Akt." Puchta, Instit. II. §. 238. Vgl. Gajus, IV, 131; I, 121. Ulpian, Fragm. XIX, 6. Leist, Manzipation und Tradition S. 138 f. Ihering, Geist des R. R. II. S. 564. Rudorff, zu Savigny's Besitz (7. Aufl.) Nro. 96.

[16]) Auch die s. g. symbolische Tradition (a. b. Gesetzb. §. 427) ist keine Tradition; darüber s. unten Kap. VI.

[17]) Da der, wenn auch acceptirte Eigenthums-Uebertragungswille an sich (d. h. so lange er formlos bleibt) keine Rechtswirkung erzeugt, kann er bis dahin stets widerrufen, und dadurch das Zustandekommen eines wirksamen dinglichen Vertrags vereitelt werden. L. 6. D. donat. 39, 5. Sed si is, qui a me emerat, vel mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere (saxum ex fundo meo): si antequam eximat me poenituerit, meus lapis durat; si postea, ipsius factum avocare non possum. In wiefern derjenige, welcher den Eigenthumserwerb dergestalt vereitelt, dafür obligatorisch haftbar wird, ist eine Frage für sich. (S. unten Note 44.)

sonst erloschen (z. B. durch den Tod des Wollenden), so findet die Form keinen Inhalt mehr vor und bleibt „leere" Form.

Rücksichtlich dieser Form nun ist noch Folgendes erläuternd hinzuzufügen:

Jenes „Hingeben" ist nicht so zu verstehen, als müsse die Sache buchstäblich von Hand zu Hand hinübergegeben werden,[18]) noch setzt dasselbe überhaupt ein aktives Eingreifen des Gebers hinsichtlich der Sache voraus; seine Rolle beim tradere ist vielmehr wesentlich nur passiv:[19]) auch derjenige gibt mir, der mir zu nehmen gestattet, und ich empfange, indem ich die Sache mit Willen ihres bisherigen Eigenthümers irgendwo und irgendwann ergreife.[20])

Ferner: Auch schon in der Form des Traditionsvertrags liegt ein Willensmoment; jenes „Hinnehmen" darf nicht gedanken- und willenloses Ergreifen sein, sondern es muß mit Bewußtsein und Herrschaftswillen ergriffen werden, — m. a. W. man muß nicht bloß die Sache, sondern den Besitz ergreifen, um das dingliche Recht zu erwerben.[21])

Sollen wir nun die bisher entwickelten Elemente des Traditionsbegriffs zusammenfassen, so können wir sagen: Tradition[22]) ist ver-

[18]) Das Nähere hierüber unten im Kap. IV.

[19]) Das römische Wort „tradere" hat wie das deutsche „übergeben" eine aktivische Färbung; daher wird in Fällen, wo der Tradent rein passiv ist, wo er eigentlich nicht „gibt", sondern nur nehmen läßt, in den Quellen zuweilen von „quodammodo tradi", „quasi traditio" gesprochen (L. 6. D. donat.), und im Fall der s. g. Uebergabe brevi manu sogar gesagt, es liege gar keine „traditio" vor. L. 9. §. 5. D. aqu. dom. Interdum etiam sine traditione nuda voluntas sufficit, ... quod *patior* eam (rem) ex causa emtionis apud te esse.

[20]) Wer daher mit Willen des nichtbesitzenden Eigenthümers, resp. Verkäufers die gekaufte Sache außergerichtlich (vgl. L. 78. §. 1. D. contr. emt. 18, 1. L. 6. D. donat.), oder gerichtlich — etwa durch Anstrengung der cedirten Rei Vindicatio — in seine Gewalt bringt, der erwirbt daran Eigenthum durch Tradition. (Vgl. auch den Fall der L. 47. D. R. V. 6, 1.)

[21]) Das ist „aquirere dominium *per posessionem*" §. 5. Inst. per quas personas, L. 20, §. 2. D. aqu. dom.

[22]) Es leuchtet ein, daß, was wir mit der gemeinrechtlichen Jurisprudenz unter Tradition verstehen, keineswegs identisch ist mit der „Erwerbung des Eigenthums durch Uebergabe" des a. b. Gesetzbuches; denn dieses begreift hierunter außer der Tradition (§§. 426, 428—430) auch jeden andern dinglichen Erwerbsvertrag in gesetzlich approbirter Form (§§. 431 f. 427).

tragsmäßiger Erwerb eines dinglichen Rechts in der Form der Besitzergreifung, welche der Erwerber mit Zustimmung des Auktors vollzieht.

Rechtserwerb ist also der Zweck, Besitzerwerb das Mittel; der Nehmer erwirbt zunächst allemal den Besitz, und durch diesen — wenn die Tradition rechtswirksam ist — ein dingliches Recht. Die Bedingungen dieser Rechtswirksamkeit, welche unten anzugeben sind, sind maßgebend für Sein oder Nichtsein jenes bezweckten Rechtserwerbs, auf den Besitzerwerb aber haben sie keinen Einfluß. Denn dieser resultirt nicht aus dem Traditionsvertrag, sondern aus dem Apprehensionsakt, er ist nicht Gegenstand, sondern nur die, wenn man will zufällige, Form dieses Vertrags. Es ist daher ungerechtfertigt von Tradition des Besitzes in dem Sinn zu sprechen, als ruhe der mit Willen des seitherigen Besitzers ergriffene Besitz auf besonderen Voraussetzungen und sei abhängig von besonderen Bedingungen, kraft seiner Eigenschaft als derivativer, durch Succession begründeter Besitz:[23]) in Wahrheit entsteht der Besitz wohl immer bei der Tradition, aber niemals aus derselben; Besitzerwerb durch Tradition gibt es nicht. Was in der Tradition vertragsmäßig erworben wird, kann nur ein dingliches Recht sein; sofern aber dem Empfänger zugleich jura possessionis hinsichtlich der tradirten Sache erwachsen, gründen sich diese allein auf den einseitigen Akt der Apprehension.[24]) —

---

[23]) Dieß behauptet für den Fall, daß die „traditio" gleich von Haus aus nur auf Besitzübertragung ausgeht, Brinz, „possessionis traditio", im Jahrb. d. gem. Rechts III, S. 16—57. (Derselbe Gedanke findet sich gelegentlich schon früher bei Schmidt, Grundsätze des Pfandrechts, S. 9 f. und Sell, bedingte Traditionen, S. 36, 37.) Dagegen schon Witte, Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß, n. f. XVIII. S. 237 f., Randa, Besitz §. 15, Lenz S. 172 f., Vangerow, I, S. 361, Sintenis, Civilrecht §. 44, Note 8, Unger, II, S. 18, Note 12, Dernburg, Pfandrecht II, S. 63 f. und insbesondere gegen den von Brinz urgirten Sprachgebrauch von „tradere possessionem" und „tradere rem" Windscheid, I, S. 382. Durch die Ausführungen der angeführten Schriftsteller (vgl. namentlich Witte, a. a. O.) scheint mir die vorliegende Controverse gegen Brinz erledigt zu sein.

[24]) Ganz richtig bezeichnet daher das a. b. Gb. (§. 312) nur die „physische Ergreifung, Wegführung, Verwahrung" u. s. w., und nicht auch die Uebergabe als die „Arten der Besitzerwerbung".

Das Moment der Vertragsmäßigkeit dieses Rechtserwerbs enthält den leitenden Begriff zur Classifizirung gewisser besonderer Erwerbsfälle, hinsichtlich deren es Manchen zweifelhaft erscheint, ob sie unter die Traditionsfälle zu stellen seien, oder nicht. Einige derselben sollen gleich hier näher in's Auge gefaßt werden, um sie an dem entwickelten Traditionsbegriff zu messen, und dadurch diesen selbst noch klarer zu stellen:

1) Man streitet über die Natur des rechtlichen Vorgangs beim s. g. *Jactus missilium*[25]) (§. 46. Inst. de rer. div. L. 9. §. 7. D. aqu. dom.). Die Einen nämlich erklären ihn für Dereliktion,[26]) Andere[27]) für „modifizirte Dereliktion" oder „einen Uebergang von bloßer Dereliktion zur Tradition"[28]), die Meisten aber für Tradition.[29])

Fassen wir zunächst die Willensmeinung des Jactanten in's Auge: Wirft er hin animo tradendi oder animo derelinquendi? Dieß verweist uns auf den wesentlichen Gegensatz im Dereliktions- und Traditionswillen, ein Gegensatz, der nicht so durchschlagend sein kann, als es auf den ersten Blick den Anschein hat, da außerdem eine Controverse, wie die vorliegende, nicht möglich wäre. — Der Traditionswille schließt ein positives und ein negatives Moment in sich: ich will, daß der Andere die Sache habe, und ich selbst will sie fortan nicht mehr haben. Diese beiden Willensmomente verhalten sich jedoch so zu

---

[25]) Die Sitte, bei gewissen regelmäßig wiederkehrenden Anlässen öffentlich Geld oder andere Gegenstände von Werth unter die Menge auszuwerfen, war in Rom hergebracht (vgl. L. 8. §. 1. D. contrah. emt.!), und scheint mit der Zeit den auf die Popularität reicher Bürger eifersüchtigen Kaisern unbequem und verdächtig geworden zu sein, weßhalb denn besondere Gesetze zur Bekämpfung dieser „vilitas" des „expendere sine effectu" erlassen wurden. (Cod. tit. de consulibus, et non spargendis ab his pecuniis .. 12, 3.) Pagenstecher, Eigenthum II, S. 202. — H. z. T. dürfte derlei nur selten bei außergewöhnlichen Festlichkeiten (Krönungen u. s. w.) noch vorkommen.

[26]) z. B. Heineccius, zu Vinnii Comm. ad §. 45. Inst. 2, 1. Göschen, Vorlesungen II, S. 169 f., Lenz, S. 69.

[27]) Scheurl, Beiträge S. 207.

[28]) Brinz, Pand. I, S. 202 und ähnlich Keller, Pand. §. 127.

[29]) Vinnius, l. c., Pufendorf, Jus nat. IV, 9, §. 9., Schmid, Handbuch I, S. 78, Böcking, Inst. II, S. 155, Puchta, Pand. §. 148, Windscheid I, S. 436, Pagenstecher, a. a. O. S. 196, und A.

einander, daß Ersteres das primäre, Letzteres nur das sekundäre, konsekutive ist: ich will, daß der Andere besitze; weil ich aber dieß will, und weil wir beide zugleich nicht besitzen können, so muß ich folgerecht auch wollen, daß mein Besitz aufhöre, sobald der seinige beginnt. Der letztere, negative Bestandtheil jenes Willensinhalts ist also nur gesetzt, weil und insofern er die Realisirung des ersteren, positiven bedingt.[30]) Anders bei der Dereliktion. In ihr manifestirt sich zunächst der Wille, eine Sache, die bisher durch den animus dominii aus dem Zusammenhang mit der fremden Natur gleichsam herausgehoben und in den Herrschaftskreis des Besitzers gebannt war, wieder frei zu geben. Der animus derelinquendi ist die reine Negation des animus sibi habendi, so zu sagen ein Verzicht zu Gunsten der Natur; sein aus-

---

[30]) Hiemit entscheidet sich auch die bekannte Streitfrage der alten und neueren Juristen, ob der Tradent den Besitz verliere, auch wenn der beabsichtigte Erwerb des Nehmers nicht erfolgt (z. B. weil dieser als furiosus nicht besitzfähig ist). Vgl. einerseits L. 34. pr. D. aqu. poss. (Ulpian), L. 18. D. de vi, 43, 16 (Papinian) — andererseits L. 18. §. 1. D. aqu. poss. (Celsus), L. 1. §. 4, 20 D. eod. (Paulus). Die Neueren bei Randa, S. 216, 217. — Die Frage darf gar nicht so formulirt werden, wie Randa es thut: „ob in dem gedachten Falle (Tradition) ein bedingtes oder unbedingtes Aufgeben liege?", denn es liegt gar kein Aufgeben der Sache, sondern ein Uebergeben-wollen vor. In dem Willen zu übergeben ist allerdings sekundär auch der aufzugeben mit enthalten, allein letzterer existirt nicht für sich, sondern eben nur in diesem Zusammenhang (nur dieß will Ulpian andeuten mit den Worten „qui *quodammodo* sub conditione recessit a possessione"); er ist im Geist des Tradenten mit Ersterem so unauflöslich verwebt, daß es ein psychologischer Mißgriff ist, ihn, isolirt, noch als juristischen Factor gelten und wirken zu lassen. Gerade darin fehlt die überscharfe Argumentation des Celsus und der Neueren, die ihm folgen, daß sie die psychologische Einheit des Traditionswillens zerhackt und dem einen herausgeschnittenen Theil noch juristische Lebensfähigkeit zuspricht, indem sie folgendermassen deduzirt: das „Uebergebenwollen" umschließt das „Aufgebenwollen" (etwa wie die Pflaume den Kern!): fällt also ersteres weg, so kommt das letztere erst recht zum Vorschein und zu selbstständiger Wirkung; — eine Methode mit Willensakten zu operiren, die uns bei aller scheinbaren Logik doch einigermassen an das bekannte Rezept erinnert, wie man aus Dukatenkraut Dukaten herstellt. — — Dieselbe Controverse kehrt in den Quellen wieder rücksichtlich der Uebertragung des Usufrukts: §. 3. Inst. de usufr., Gajus II, 30. und L. 66. D. de jure dot. 23, 3. S. dazu Glück, IX, S. 223, Vangerow, I, S. 739 f., Windscheid, I, §. 202 Note 5, Schönemann, Servituten §. 21.

schließlicher Inhalt ist: ich will[31]) die Sache nicht weiter haben. Hieran mag sich immerhin der Gedanke, ja vielleicht die Absicht knüpfen, daß ein Anderer die von mir verschmähte Sache ergreife und sich nutzbar mache, — stets aber bleibt dieß ein sekundäres Moment, vielleicht geeignet die Art der Ausführung meines Entschlusses zu beeinflußen,[32]) nicht aber, diesen selbst zu bestimmen: der Derelinquent verläßt seine Sache primär bloß darum, weil er sie nicht will, nicht darum, weil er will, daß Andere sie haben sollen; denn hätte er Letzteres in erster Reihe gewollt, so würde er sie vernünftigerweise nicht verlassen, sondern vergeben haben.[33]) Daher wird die derelinquirte Sache zunächst stets herrenlos, die tradirte aber wechselt den Herrn. — So scharf diese Gegensätze sich theoretisch scheiden, so laufen in concreto doch die Grenzen von Dereliktion und Tradition nicht selten

---

[31]) Durch diesen (negativen) Willen unterscheidet sich das derelictum wieder vom deperditum: L. 21. §. 1. D. aqu. possess.

[32]) Indem ich z. B. die Sache absichtlich an einem vielbesuchten Ort derelinquire.

[33]) Es ist daher mindestens ungenau, wenn Pomponius in L. 5. §. 1. D. pro derelicto (41, 7) sagt: Id, quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit; sicuti cum quis aes sparserit, aut aves emiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen ejus fient, cui casus tulerit; eaque cum quis pro derelicto habeat, simul intelligitur *voluisse alicujus fieri.* Letzteres schon ist gewiß nicht allgemein richtig (gerade z. B. beim aves emittere wird gewöhnlich nicht die Absicht bestimmend sein, die Thiere in die Gefangenschaft eines Andern übergehen zu lassen, sondern die, ihnen die Freiheit zu schenken), aber es muß m. E. der der ganzen Stelle zu Grunde liegende Gedanke als verfehlt bezeichnet werden. Pomponius will nämlich den Rechtserwerb durch Okkupation derelinquirter Sachen hier rationell begründen, und zwar findet er den gesuchten inneren Grund dieses Erwerbs in dem Uebertragungswillen des früheren Eigenthümers, der angeblich durch die Thatsache der Dereliktion diesen seinen Willen jedesmal implizite soll erklärt haben. Mit dieser — offenbar unhaltbaren — Subposition aber negirt Pomponius die Dereliktion mit nachfolgender Okkupation als selbstständigen Rechtsbegriff, er führt jeden Fall der Art auf den Gesichtspunkt einer traditio ad incertam personam zurück. — Thut er dieß nun in Fällen, wo in der That keine Tradition vorliegt (aves emittere), so muß er es natürlich um so mehr da thun, wo diese Auffassung die allein zuläßige ist (aes spargere), und es beruht demnach m. E. auf einem argen Mißverständniß der vorliegenden Stelle, wenn dieselbe von Vielen als ein Beleg dafür angeführt wird, daß der J. missil. nicht Tradition sei.

in einander über, indem es zweifelhaft sein kann, ob für das Aufgeben des Besitzes mehr die Absicht, die Sache los zu werden, oder sie Jemand Anderem zukommen zu lassen, bestimmend war.

In dem hier vorliegenden Falle aber kann unseres Bedünkens ein solcher Zweifel nicht entstehen. Der festgebende Magistrat, oder wer sonst missilia jactat in vulgus, thut dieß gewiß nicht (primär), um sein Geld los zu werden, sondern um das vulgus zu beschenken. Er will also nicht derelinquiren, sondern tradiren. — Wem will er tradiren? Denjenigen unter dem vulgus, die das Hingeworfene erhaschen werden. Welche die Glücklichen sind, weiß man im Moment des Auswerfens noch nicht: die Empfänger sind personae incertae. Hieran nun hat man sich gestoßen und dem ganzen Akt den Charakter der Tradition schon darum absprechen zu müssen geglaubt, weil ein dinglicher Vertrag so wenig als ein obligatorischer zu Gunsten einer persona incerta möglich sei.[34]) Dieß mag bezüglich der Schuldverträge für das römische Recht sich so verhalten,[35]) nicht mehr nach heutigem gemeinen Recht, wo die Auslobung, deren Vertragsnatur wohl kaum zweifelhaft ist,[36]) allgemein als rechtsverbindlich und klagbar angesehen wird.[37]) Bezüglich des dinglichen Vertrags aber läßt sich das Erforderniß der persona certa weder auf einen Quellenausspruch stützen, noch läßt sich dafür ein einleuchtender innerer Grund angeben. Der Traditionswille enthält in seiner Eigenschaft als Vertragswille nothwendig nur die Beziehung auf „eine" zweite Person, als den vertragsmäßigen Erwerber. Diese muß sich finden und acceptiren, damit der Vertrag zu Stande komme. Aber auch nur, daß sie sich finde, ist erforderlich, nicht auch, daß sie gleich von Anfang da sei, wie in dem gewöhnlichsten Fall der Tradition von Hand zu Hand. Damit nun der vom Tradenten Berufene sich finden und acceptiren könne, muß er als solcher von jenem irgendwie gekennzeichnet sein, muß sich in der Lage sehen, herauszufinden, daß er designirter Erwerber sei. Dieß

[34]) Göschen, Scheurl, Lenz, a. a. O.

[35]) Vgl. L. 3. §. 4. D. cond. c. data 12, 4., L. 43. §. 8, 9. D. de furtis 47, 2., L. 15. D. de praescript. verb. 19, 5. Savigny, Obligat. Rt. II, §. 61. Arndts, Pand. §. 241. A. 3.

[36]) S. jedoch Puchta, Pand. §. 259, Arndts, §. 241.

[37]) Windscheid, Pand. II, §. 309, und die daselbst Note 5 Angeff.

geschieht freilich in der unzweideutigsten Weise dann, wenn der Geber seinen Traditionswillen von vornherein auf eine individuell bestimmte Person fixirt, aber auch dann, wenn er diesen Willen im Allgemeinen zu Gunsten einer Person erklärt, rücksichtlich deren ein bestimmter thatsächlicher Umstand zutrifft, oder zutreffen wird. Dieses Zutreffen in einer bestimmten Person[38]) kennzeichnet dann diese als den von vornherein berufenen Erwerber, und befähigt sie dadurch, den dinglichen Vertrag mittelst Annahme zu perfiziren. Es liegt also ein Traditionsakt vor, wenn Jemand seine Sache Mehreren als Kampfpreis hingestellt hat, und der Sieger von derselben Besitz ergreift, mag auch der Tradent nie erfahren, wer Sieger und Eigenthümer des Preises geworden. Ebenso in folgendem Fall: Der Kustos einer Gemäldesammlung läßt zur Bequemlichkeit des Publikums und in Ermanglung eines eigenen Dieners im Vorsaal der Gallerie einen Tisch aufstellen, auf welchem sich eine größere Anzahl von Bilderkatalogen befindet, und daneben eine geschlossene Büchse mit der Aufschrift: Wer ein Exemplar des Katalogs zu haben wünscht, wird ersucht, den Preis desselben pr. 5 Gr. in diese Büchse zu werfen.[39]) Hier ist der Kustos offenbar Tradent, Erwerber ist nach dessen Willen Jeder, der den Preis bezahlt und das Buch ergreift. Oder wollte man auch hier von „modifizirter Dereliktion" sprechen? Und doch unterscheidet sich dieser letztere Fall vom J. missil. nur durch die causa: auch der Kustos wirft seine Kataloge gleichsam unter das Publikum, auf daß Jeder, der da mag, zugreife und Eigenthümer werde, — aber nicht schenkungsweise, sondern entgeltlich; auch hier also wird an incertae personae tradirt: an welche, das entscheidet sich der Intention des Gebers gemäß hier durch die doppelte Thatsache des Ergreifens und Zahlens, dort durch das Ergreifen allein. Unmöglich aber kann dieser Unterschied eine grundverschiedene juristische Auffassung hinsichtlich jener beiden Vorgänge

---

[38]) Ganz analog werden im justinianischen Rechte die letztwilligen Zuwendungen an personae incertae behandelt. §. 25 sequ. Inst. de legatis, 2, 20; auch hier ist nicht Bedingung der Giltigkeit, daß die Person eine bestimmte, sondern nur, daß sie eine bestimmbare sei.

[39]) Eine derartige Einrichtung findet sich m. W. z. B. in einer Privatgallerie zu Berlin.

rechtfertigen; liegt im obigen Beispiel Eigenthumserwerb durch Tradition vor, so ist der Jactus missil. auch Tradition.

Wir können in dieser Auffassung nur bestärkt werden durch eine genauere Erwägung der Ausdrücke, mit denen Gajus in der hierhergehörigen Hauptstelle unseren Fall bespricht:

Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem. Ut ecce qui missilia jactat in vulgus; ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen quia vult, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficit. (L. 9. §. 7. D. aqu. r. dom.)

Zunächst deutet schon der Zusammenhang des §. 7 cit. mit den unmittelbar vorangehenden §§. (von §. 3 ab) darauf hin, daß der Jurist einen Traditionsfall besprechen will: er behandelt im §. 3. die Ratio der Tradition, in §. 4 die Tradition durch Stellvertreter, in §. 5 den besonderen Fall der s. g. brevi manu traditio, in §. 6 den der Tradition durch Schlüsselübergabe, und endlich in §. 7 (fast wie in §. 5 mit der anschließenden Redewendung „hoc amplius interdum et“ einleitend) den Jactus missilium. — Ferner: Gajus sagt, voluntas domini *transfert* rei proprietatem; „transferre“ aber ist recht eigentlich der technische Ausdruck für die Eigenthumsübertragung durch Tradition, und wurde kurz vorher in §§. 3, 5, 6 cit. in diesem Sinn gebraucht. Im Fall des Eigenthumsübergangs bei Dereliktion und nachfolgender Occupation könnte von „transferre“ doch nur in ganz uneigentlichem Sinn gesprochen werden; allein so meint es Gajus nicht: er gründet den Erwerb des Excipienten auf den positiven Uebertragungswillen, nicht auf den negativen Dereliktionswillen des Jaktanten, indem er sagt, jener werde Eigenthümer, weil dieser *vult*, quod quisque exceperit, ejus esse; nicht etwa, quia *non vult*, ipsius (jactantis) esse. — Endlich: der Jaktant „macht“ jenen zum Eigenthümer, dominum *efficit*. Das aber kann nur vom Tradenten und Empfänger gesagt werden, denn der Derelinquent macht nur sich zum Nichteigenthümer, keinen Andern zum Eigenthümer, und dem Occupanten wird sein Eigenthum nicht gemacht, sondern er macht es sich selber.

2) Eine Meinungsverschiedenheit unter den neueren Rechtsgelehrten findet sich ferner rücksichtlich der Anwendung des Traditionsbegriffs auf jene Fälle, wo Jemand die Früchte einer fremden Sache durch deren

Inbesitznahme in sein Eigenthum bringt. Zwar der Fruchterwerb des b. f. possessor muß hier von vornherein ausgeschlossen werden, da dieser gewiß sein Eigenthum an den Früchten nicht vom Eigenthümer der Hauptsache ableitet, und der Erwerb des Emphyteuta kann für unsere Frage nur dann in Betracht kommen, wenn wir mit Savigny (Besitz, S. 281) annehmen, derselbe sei Besitzer des ager emphyteuticarius[40]) und erwerbe als solcher unmittelbar den Besitz der separirten Früchte. Doch sei dieß immerhin, da wir auf eine Erörterung dieses Punktes nicht eingehen können, als richtig vorausgesetzt. Somit handelt es sich hier im Einzelnen darum, ob der Pächter, der Usufruktuar, der Emphyteuta das Eigenthum der in Besitz genommenen Früchte durch Tradition erwerben?

Diejenigen, welche diese Frage allgemein bejahen,[41]) begründen ihre Auffassung damit, daß in allen obigen Fällen die Inbesitznahme der Fruchtsache mit Willen des Eigenthümers stattfinde, also das wesentliche Merkmal der Tradition vorliege: „derjenige, welcher dem Andern eine Emphyteuse konstituirt, oder ihm den Usufruktus einräumt, oder die Sache verpachtet, der beabsichtigt es, daß die Früchte der Sache in den Besitz und zugleich in das Eigenthum übergehen sollen des Emphyteuten, des Usufruktuars, des Pächters — und dieser hat ebenfalls die Absicht Eigenthümer der Früchte zu werden.“[42])

Diese Konstruktion der vorliegenden Fälle scheint jedoch eine irrige zu sein, indem sie zum Theil auf mißverständlicher Auffassung der hier obwaltenden thatsächlichen Momente, zum Theil auf nicht präziser Anwendung des Traditionsbegriffs beruht. Es liegt nämlich allerdings Tradition in der, wie immer bewirkten Ergreifung des Sachbesitzes, wenn diese nur animo nanciscendi dominii und mit Willen des bisherigen Eigenthümers erfolgt ist; allein es wird dabei, wie oben

---

[40]) Dagegen jedoch in überzeugender Weise Arndts, Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß, n. f. III, S. 379 f.

[41]) Insbesondere Savigny a. a. O., Göschen, Vorlesungen II, S. 188, 189, Schmid, Handb. S. 103 f. — Puchta, Pand. §. 150 und Böcking, Institut. II. S. 133 sehen hier zwar nur ein Analogon der Tradition, allein indem sie den Fall des Pächters mit dem des Usufruktuars durchaus auf Eine Linie stellen (ebenso Lenz, Besitz S. 63), treten sie im Wesentlichen der Savigny'schen Ansicht bei.

[42]) Göschen, a. a. O. S. 189.

bereits hervorgehoben wurde, stets vorausgesetzt, daß dieser Wille des Eigenthümers mit jener Besitzergreifung gleichzeitig gegeben sei. Der Umstand, daß der besagte Wille schon früher vorhanden und erklärt war, kann dem Nehmer natürlich nicht schaden, aber er nützt ihm auch nicht, wenn derselbe jetzt — im Momente der Apprehension — fehlt. Wir können daher den Fruchterwerb eines Dritten nur dann als durch Tradition bewirkt anerkennen, wenn die jedesmalige Perzeption wirklich als vertragsmäßiges Nehmen mit dem (präsenten) Willen des Eigenthümers erscheint, wenn also dieser, ebenso wie er die Perzeption gestattet, sie auch verbieten und dadurch den Eigenthumserwerb verhindern könnte (s. oben bei Note 17).

Dieß ist der Fall bei der Fruchterwerbung des Pächters, welcher hierin demjenigen ganz gleichsteht, qui a me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer, eum sibi jure eximere (saxum). L. 6. D. donation. 39, 5. — Beide erwerben das Eigenthum der ergriffenen Stücke nur, so lange der Eigenthümer ihnen das Ergreifen gestattet, resp. seinen dießbezüglichen Willen nicht ändert:[43]) geschieht aber dieß, so sind die nach erfolgtem Widerruf oder Verbot ergriffenen Stücke — weil nicht mit Willen des Eigenthümers ergriffen — nicht mehr Eigenthum des Ergreifers geworden.[44]) Vom Pächter also kann man mit Recht sagen, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere (L. 61. §. 8. D. de furtis, 47, 2), denn sein Erwerb ist in der That jedesmal vom Consens des Eigenthümers abhängig; er ist Eigenthumserwerb durch Tradition.[45])

Ganz anders aber steht die Sache beim Usufruktuar (und Emphyteuta). Hier gründet sich der Erwerb der Früchte keineswegs auch

---

[43]) Was vom Pächter gilt, muß auch für den Faustpfandgläubiger gelten, dem der Fruchtbezug durch antichretischen Vertrag überlassen ist (Savigny, S. 281); denn auch er bezieht die Früchte nicht kraft einer dinglichen Berechtigung (etwa des Pfandrechts), sondern durch Gewährung von Seiten des Eigenthümers, zu welcher sich dieser obligatorisch verpflichtet hat.

[44]) L. 6. D. cit. L. 16. D. praescr. verb. 19, 5, L. 2. D. possess. 41, 2. Doch hat dieser gegen den Verpächter wegen des in jenem Widerruf gelegenen Vertragsbruchs die Kontraktsklage. Vgl. L. 15. pr. §. 1., L. 25. §. 1. D. locati 19, 2.

[45]) Nicht bloß „eine Paralelle (?) mit der Tradition", wie Vangerow, I. S. 576 meint.

auf den im vorhinein erklärten Consens des Eigenthümers, wie die Gegner annehmen, sondern auf das eigene dingliche Recht des Erwerbes, welches ihm ein für allemal die rechtliche Macht des Fruchtbezugs mit der Wirkung des Eigenthumserwerbs verleiht: das Eigenthum der Früchte wird ihm nicht durch den Proprietar übertragen, sondern er schafft es sich selbst kraft seines Nießbrauchs.[46]) Dieß erweist sich am deutlichsten daran, daß ein Veto des dominus, welches den Fruchterwerb des Pächters sofort verhindert, dem Nießbraucher gegenüber vollkommen machtlos ist; ferner darin, daß es für die Rechtswirksamkeit dieser fructuum perceptio gleichgiltig ist, ob die dienende Sache in der Hand des ursprünglichen Bestellers der Servitut verblieb, oder aber in das Eigenthum eines Dritten überging, der das Usufruktverhältniß vielleicht nicht kennt, oder nicht anerkennt, also jedenfalls den Perzipienten weder zum Eigenthümer der Früchte machen will, noch dieß jemals gewollt hat. — Will man nun da von Rechtserwerb durch Tradition sprechen, wo dieser Erwerb sich nicht nur nicht durch den Willen des Eigenthümers, sondern geradezu gegen denselben vollzieht? Und noch mehr: möglicherweise kann auch an herrenloser Sache ein Nießbrauch bestehen und geübt werden,[47]) — wo aber bleibt da der Consens des Eigenthümers zu der im Fruchtbezug angeblich liegenden Tradition?

Angesichts dieser Erwägungen müssen wir den Traditionsbegriff für unanwendbar erklären auf alle die Fälle, wo Besitzergreifung und Eigenthumserwerb an Theilen einer fremden Sache[48]) auf Grund eines dinglichen Rechtsverhältnisses erfolgt, welches seinem Inhalt nach den Erwerber hiezu ermächtigt.[49])

---

[46]) Arndts, a. a. O. S. 388.

[47]) Vgl. Elvers, Servitutenlehre S. 29, 752 f.

[48]) Was vom Fruchterwerb beim Nießbrauch oben gesagt ist, gilt natürlich ebenso von den betreffenden Erwerbungen auf Grund einer servitus arenae fodiendae, calcis coquendae, u. s. w.

[49]) Diese m. E. allein richtige Auffassung wird vertreten durch Arndts, a. a. O., und Pand. §. 156. A. 1., Scheurl, Beiträge S. 299. Brinz, Pand. I. S. 196., Vangerow, I. §. 312, A. 1. Windscheid, I. §. 186. Auch Schönemann, die Servituten (1866) S. 51 f. erklärt den Fruchterwerb des Nießbrauchers für nicht „wirkliche und eigentliche Tradition, sondern nur einen

3) Ein wahrer Traditionsfall lag vor, wenn im römischen Vindikationsprozeß der Beklagte dem richterlichen Restitutionsbefehl nicht Folge geleistet hatte und sohin zur Zahlung der vom Kläger durch jusjurandum in litem fixirten Aestimationssumme verurtheilt wurde.[50]) Durch jenen Eid nämlich legt der Kläger und bisherige Eigenthümer seinen Willen an den Tag, gegen Empfang der beschwornen Summe von seiner Sache zu Gunsten des Beklagten abstehen zu wollen; es bedarf also auf Seiten des Letzteren nur noch der Thatsache des Besitzes, um den Eigenthumserwerb ex voluntate domini zu vollziehen. Sei es also, daß der Verurtheilte im Zeitpunkt der Zahlung jener Aestimationssumme das Streitobjekt besitzt, oder daß er sich dessen Besitz späterhin zu verschaffen weiß,[51]) so wird er durch diesen, jetzt vertragsmäßig gestatteten, Besitz Eigenthümer:[52])

Ejus rei, quae per in rem actionem petita (tanti) aestimata est, quanti in litem actor juraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.

Haec si res praesens sit, si absens: tunc cum possessionem ejus possessor nactus sit ex voluntate actoris. (L. 46, 47. D. R. V. 6, 1.)

Der Fall wird als Tradition, wie aus einem Kauf, behandelt.[53]) — Nach heutigem Recht wird dasselbe zu behaupten sein, wenn ein um Herausgabe einer Spezies geführter Rechtsstreit durch Vergleich in der

---

ihr ähnlichen (?) Vorgang." Doch stützt sich dieser Schriftsteller hiefür auf irrige Gründe: es ist falsch, daß „die Tradition immer Besitz des Tradenten voraussetzt," sowie, daß „ein Hinderniß eigentlicher Tradition in der Beschaffenheit der Objekte liegt, auf welche der Nießbrauch sich erstreckt." Und wenn Schönemann schließlich bemerkt, „aber der Vorgang ist der Tradition insofern gleich, als der Erwerber sich mit Gestattung des Eigenthümers (??) in den Besitz der Früchte setzt" (S. 52), so ist damit gerade der entscheidende Punkt verfehlt.

[50]) Vgl. Keller, Prozeß §. 67, Bethmann-Hollweg, II. S. 242.

[51]) Woran er durch den Kläger nicht gehindert werden darf; L. 47. fin. D. R. V. 6, 1.

[52]) Böcking, II. S. 156, Pagenstecher, II. S. 208.

[53]) Vgl. L. 68. D. R. V., L. 7. §. 1. D. Publ. L. 1, 3. D. pro emtore, L. 22. D. rerum amot. (25, 2.)

Art beendigt wird, daß der Kläger gegen Entschädigung vom Prozesse absteht, und ebenso wenn der beklagte Nichtbesitzer (a. b. Gb. §. 378) den durch klägerischen Schätzungseid (A. G. O. §. 214) bestimmten „außerordentlichen Werth" (a. b. Gb. §. 378, 305) der Sache ersetzt hat, und später wieder in den Besitz derselben gelangt.

4) Dagegen gehört nicht hieher der Eigenthumserwerb in Folge durchgeführter Realexekution gegen den zur Eigenthumsübertragung verurtheilten, aber renitenten Besitzer.[54]) Denn es ist zwar der Erwerb des Klägers auch hier ein abgeleiteter, allein gewiß kein vertragsmäßiger, da er „manu militari" gegen den Willen des Eigenthümers vollzogen wird.

---

[54]) L. 68. pr. D. R. V. . . . si quidem habeat rem, manu militari, officio judicis ab eo possessio transfertur. Wetzell, System des Civilpr. S. 489 f. Renaud, Civilprozeßrecht, §. 170. — A. G. O. §. 305.

II.

Objekte der Tradition.

Die Tradition ist ihrem Wesen nach zunächst immer Besitzübertragung; sie ist Rechtserwerb durch Besitzerwerb. Die Frage nach den möglichen Gegenständen der Tradition hängt daher zusammen mit der Frage nach den möglichen Objekten des Besitzes; denn nur was besessen werden kann, kann tradirt werden.[1]) Auf diese Hauptfrage nun ertheilt unser Gesetzbuch in dem mit der Marginalrubrik „Gegenstände des Besitzes" bezeichneten §. 311 die ebenso allgemeine als — wie h. z. T. kaum mehr geläugnet wird — unbefriedigende Antwort: „alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, welche Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden."

Ein Blick auf die Geschichte des Besitzrechts zeigt, daß dasselbe von den Römern, zunächst nur für den Besitz an körperlichen Sachen entwickelt wurde, und daß die hier gewonnenen Begriffe theilweise schon von der römischen Jurisprudenz, in noch weiter gehender Weise aber später von den Kanonisten und der durch dieselben beeinflußten deutschen Praxis, auf mehr oder weniger fremdartige Verhältnisse angewendet wurden.

Die Aufgabe des Folgenden wird es sein, zu zeigen, wie man auf diesem Wege allmälig zur Annahme eines Besitzes „an unkörperlichen Sachen" im Allgemeinen kam, und welches die praktischen Resul-

[1]) Jedoch sind nach österr. Recht nicht alle Sachen, die besessen werden können, auch Gegenstand der Tradition. Darüber das Nähere unten (Bg. Gb. §. 431, 481).

tate dieser Entwicklung für die Traditionslehre nach österreichischem Recht sind.

Vorerst aber muß die Frage erledigt werden, unter welchen Bedingungen körperliche Sachen Gegenstand des Besitzes, mithin der Tradition sind.[2])

A. Körperliche Sachen.

Eine körperliche Sache wird besessen, wenn ein Mensch dieselbe physisch beherrscht und zwar mit dem „Willen sie als die seinige zu behalten" §. 309 (animus rem sibi habendi). Des Besitzes unfähig sind daher nur solche Sachen, bei denen das sibi habere entweder gesetzlich nicht gestattet, oder der Natur der Dinge nach unmöglich ist. Ersteres ist der Fall bei denjenigen Sachen, welche aus verschiedenen Gründen dem allgemeinen Verkehr von der Gesetzgebung entzogen sind (res extra commercium).[3])

Physisch unmöglich ist die Besitzergreifung selbstverständlich an jenen Theilen der Natur, welche eine Begrenzung und Beherrschung nicht zulassen, es sind die „omnium communia" der römischen Juristen, wie aër, aqua profluens, mare, et per hoc littora maris.[4]) (L. 2. D. div. rer.)

Alle körperlichen Sachen, welche von den eben angeführten Beschränkungen nicht getroffen werden, sind mögliche Objekte des Besitzes und der Tradition. Zwar spricht §. 427 von „solchen beweglichen Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe (Tradition) zulassen", allein derlei körperliche Sachen — und von diesen ist hier allein die Rede — gibt es in der That nicht, wie sich bei näherer Betrachtung zeigt. Der Paragraph selbst führt drei Bei-

---

[2]) S. dazu Randa, Besitz §. 10.

[3]) Bg. Gb. §. 878. Pr. L.-Rt. I. 5. §. 58, 67. L. 30. §. 1, 3. D. possess. 41, 2, Unger I. §. 46. — Eine Aufzählung der betreffenden österr. Verordnungen, siehe bei Stubenrauch I. S. 702 f. (dazu Unger I. S. 366 Note 16). Randa, S. 96 f.

[4]) Die Ufer des Meeres gehören nur dann und insofern hierher, als sie regelmäßigen Ueberfluthungen ausgesetzt sind, mithin der Gewalt des Meeres nicht bleibend entwunden werden können, oder aus Rücksichten für das öffentliche Wohl (Schifffahrt, Küstenvertheidigung) der Privatherrschaft entzogen sind.

spiele an: Schuldforderungen, Frachtgüter, Waarenlager und andere Gesammtsachen. Was zunächst die Schuldforderungen betrifft, so gehören dieselben schon darum nicht hieher, weil sie nicht dingliche Rechte sind, also durch dinglichen Vertrag nicht entstehen können. In der That aber ist auch in §. 427 nicht sowohl an Tradition der Forderung, als vielmehr an die Uebergabe der Schuldurkunde zu denken; durch diese wird der Nehmer Eigenthümer des Papiers: in wiefern jedoch hierin zugleich ein obligatorischer Vertrag enthalten sei, und unter welchen Umständen insbesondere der vertragsmäßige Empfang des Schuldbriefes die Gläubigerschaft hinsichtlich der verbrieften Obligatio gewähre, ist eine Frage des Obligationenrechts, die mit der Lehre vom Eigenthumserwerb durch Tradition nichts gemein hat.[5]) — Daß Frachtgüter, so lange sie sich auf der Reise befinden vom Eigenthümer nicht tradirt werden können, (es sei denn brevi manu an den dieselben detinirenden Frachtführer oder durch ein Constitutum, §. 428) ist ebenso selbstverständlich, als daß der Besitzer einer Uhr, wenn er dieselbe verlegt hat, — wodurch er bekanntlich nicht aufhört Besitzer zu sein §. 349 — sie nicht eher tradiren kann, bis er sie wieder gefunden. Dadurch wird sich gewiß Niemand bewogen finden den Satz aufzustellen, daß verlegte Sachen „ihrer Beschaffenheit nach" kein Gegenstand der Tradition sind. Vielmehr liegt darin nur die Wahrheit, daß nicht jeder Besitzer in jedem Augenblick in der Lage ist über seine Sache in einer bestimmten Weise disponiren zu können.

Was endlich die „Gesammtsachen" betrifft, so ist in älterer und neuerer Zeit häufig behauptet worden, dieselben seien ideelle Rechtsobjekte, rein begriffliche Existenzen, analog den universitates personarum (Gesammtpersonen), an denen Rechtsverhältnisse möglich seien, welche eben nur an der abstrakten Gesammtheit (universitas), nicht zugleich an den von dieser Gesammtheit wohl zu unterscheidenden Einzelsachen haften. Daß solche Begriffswesen, weil sie eben keine körperliche Existenz haben, weder besessen noch durch Tradition erworben werden kön-

[5]) Dieß wird von den meisten österreich. Commentatoren übersehen. Vgl. Zeiller II. S. 223 f., Stubenrauch I. S. 811, Nippel III. S. 363. Letzterer Schriftsteller handelt hier inmitten des Sachenrechts ad vocem „Schuldforderung" ein gutes Stück Cessions-Lehre ab.

nen (L. 30. §. 2. D. usurpat.), konnte nie ernstlich bezweifelt werden, allein eine andere Frage ist es, ob nicht auf andern Wegen, namentlich etwa durch symbolische Tradition, das Eigenthum und andere dingliche Rechte an denselben bestellt werden können? Diese Frage, und mit ihr die wahre Bedeutung, welche dem Begriff der „Gesammtsache“ für das österreichische Recht beizulegen ist, wird unten an der betreffenden Stelle (Kap. VI.) erörtert werden. Hier muß es vorläufig genügen, darauf hinzuweisen, daß die Verfasser der besprochenen Gesetzesstelle (§. 427) bei den Worten „Waarenlager oder eine andere Gesammtsache“ nicht sowohl an universitates rerum in dem oben angedeuteten Sinn, als vielmehr an Fälle gedacht haben, wo es sich darum handelt, eine große Summe einzelner gleichartiger Sachen zu übergeben, wie z. B. die einzelnen Stücke eines Waarenlagers. Bedenkt man nun, daß die ältere von Savigny überwundene Theorie (zu der sich auch unser Gesetzbuch bekennt, vgl. §. 312) zur Vollendung der Apprehension hier physische Ergreifung jedes einzelnen Stückes für nöthig hielt,[6]) so leuchtet ein, daß die Tradition eines umfangreichen Waarenlagers, einer Bibliothek u. dgl. wo nicht als unmöglich, so doch als unthunlich erscheinen mußte.[7]) Diese Schwierigkeiten sind die nothwendige Consequenz einer falschen Auffassung des Begriffes der Apprehension und verschwinden mit dessen Richtigstellung.[8])

Wenn bisher von körperlichen Sachen die Rede war, so wurden darunter immer einzelne ganze Sachen verstanden; es fragt sich nun weiter, ob auch einzelne unselbstständige Theile körperlicher Sachen[9])

---

[6]) Vgl. Zeiller II. S. 222 unten IV. Note 16.

[7]) Vgl. darüber vorläufig Zeiller II. S. 223, der zu §. 427 bemerkt: „nur in solchen Sachen, welche schlechterdings oder wenigstens nicht ohne große Unbequemlichkeit und Verzögerung körperlich übergeben werden können, gestattet das Gesetz“ u. s. w. Siehe auch die bei Unger I. S. 483 Angef. und unten VI. bei Note 159.

[8]) Der richtigen Auffassung vom Wesen der Apprehension gemäß, kann der Besitz der größten Bibliothek eben so leicht und schnell erworben werden, als der eines einzelnen Buches. Vgl. unten Kap. IV. — Ueber den wahren Sinn jener Gesetzesworte: „welche... keine körperliche Uebergabe zulassen“ s. unten VI. bei Note 160.

[9]) Die meisten österr. Schriftsteller (s. dieselben bei Randa, S. 176) verwechseln bei Beantwortung dieser Frage die Theile der Sache mit deren Perti-

(partes pro diviso) Gegenstand des Besitzes und der Tradition sein können.

Die Frage muß im Allgemeinen verneint [10]) werden; ein Theil einer Sache kann nicht unabhängig von dem Ganzen, zu dem er gehört, physisch beherrscht werden, denn gerade dadurch erscheint ja eine Sache als Theil, daß sie in Folge eines bestimmten körperlichen Verhältnisses zu einer andern Sache ihre räumliche Unabhängigkeit verloren hat. So lange nun diese ihre Abhängigkeit dauert, kann eine solche Sache für sich nicht Gegenstand der Tradition sein.

Das römische Recht scheint diesen Satz nicht in dieser Allgemeinheit anzuerkennen, indem es einen Unterschied zwischen beweglichen Sachen einerseits, Feldgrundstücken und Gebäuden andererseits macht. Nur für erstere ist obiger Grundsatz prinzipiell ausgesprochen in L. 8. D. de R. V..... quae distinctio neque in re mobili.... locum habet: nunquam enim pro diviso possideri potest. Für letztere dagegen ist die Möglichkeit des Besitzes an einem Theil ausdrücklich enthalten in L. 26. D. possess. locus certus ex fundo et possideri et longo tempore capi potest.

Allein darin liegt näher betrachtet durchaus keine Abweichung von unserer Regel: ein Complex von Parzellen der Erdoberfläche bildet ein Ganzes und wird ein Ganzes genannt, so lange er eben als solches aufgefaßt und beherrscht wird, so wie aber eine einzelne Parzelle für sich in Besitz genommen ist, hört sie auf Theil zu sein und wird ein Ganzes für sich. [11]) Ebenso geht es, wenn der Besitzer eines Hauses dieses durch eine vertikal gezogene Mauer in zwei Theile theilt: beide Hälften sind nun ganze Häuser geworden und als solche für sich mög-

---

nenzen; für letztere aber kann dieselbe gar nicht aufgeworfen werden, da die Pertinenz der Hauptsache gegenüber räumlich durchaus selbstständig ist, daher auch stets für sich beherrscht und besessen werden kann. Dieser, von ihm selbst gerügten Verwechslung macht sich auch Randa S. 178 schuldig: Ladestock, Schlüssel, Ruder, Segel sind Pertinenzen des Gewehres, Hauses u. s. w., die Uhrkette aber ist weder Pertinenz noch Theil der Uhr.

[10]) Die Literatur dieser im Einzelnen überaus bestrittenen Frage s. bei Vangerow, I. S. 367 f., für das österr. Rt. bei Randa, §. 18. Ihre praktischen Consequenzen liegen insbesonders in der Usukapionslehre. Vangerow, S. 373 f.

[11]) S. Savigny, Obl. Rt. I. S. 306.

liche Objekte der Tradition; daß sie auch nach jener Trennung noch immer räumlich an einander stehen, ist juristisch ganz gleichgiltig. So faßten die Sache auch die römischen Juristen auf: ..... quod pro diviso nostrum sit, id non partem sed totum esse. L. 25. §. 1. D. de V. S. (50, 16). Und noch deutlicher erhellt dieß aus L. 6. §. 1. D. comm. praed. (8, 4): plane, si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, *quia non est pars fundi sed fundus* .... Quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas diviserit, nam et hic *pro duabus* domibus accipi debet.

Soll also eine Sache tradirt werden, die zur Zeit Theil einer andern ist, so muß letztere vorerst derart zerlegt werden, daß die bisherige Theilsache nunmehr als Ganzes erscheint,[12]) d. h. daß eine gesonderte physische Beherrschung derselben möglich wird.[13])

---

[12]) An Bäumen ist, so lange sie in Grund und Boden stehen, so wenig Sonderbesitz möglich als an Gebäuden (S. folg. Note), sie können daher vor der Fällung in keiner Weise (etwa durch Anhacken u. s. w.) tradirt werden. Arborum quae fundo continentur non est separatum corpus. L. 40. D. A. E. 19. 1. Vgl. Gesterding „Ausbeute von Nachforschungen u. s. w." I. 13, 6. Unger, I. S. 423 gegen Stubenrauch I. S. 813. — Ueber eine entgegengesetzte Entsch. des preuß. Obertribunals s. Koch, Privat-Rt. I. §. 174 Note 4.

[13]) Bei beweglichen Sachen geschieht dieß durch räumliche Trennung: Wie die Theilbarkeit der Körper physisch unendlich ist, so ist auch juristisch der Dismembration und stückweisen Tradition beweglicher Sachen keine Grenze gesetzt. — Grundstücke werden durch gezogene Grenzlinien abgetheilt; die hier natürlich gleichfalls unbegrenzte Theilbarkeit ist aus volkswirthschaftlichen Gründen von der Gesetzgebung auf ein bestimmtes Maß beschränkt (die einschlagenden politischen Vorschriften s. bei Stubenrauch II. S. 631 f., S. 855 f. — Was Gebäude betrifft, so gilt der Grundsatz des römischen Rechts, daß die superficies und der Grund, worauf sie steht, juristisch ein Ganzes sind, also nicht getrennt besessen werden können (..... naturale jus, quod superficies ad dominum soli pertinet. L. 50. D. ad Leg. Aquil. — solum partem esse aedium aexistimo; L. 49. D. R. V. 6. 1. cf. L. 98. §. 8, D. solut. L. 2. D. de superfic. L. 20, §. 2, D. de S. P. U., L. 21. D. pign. act., L. 23, pr. D. usurp., L. 17. D. comm. praed. Savigny, Besitz §. 22), auch für das österr. Recht; denn Sachbesitz ist faktische Ausübung des Eigenthumsinhalts, Eigenthum aber am Gebäude ohne den zugehörigen Grund, oder umgekehrt, ist nicht möglich. Bg. Gb. §. 418., vgl. die in

Der Grund dieser Regel liegt darin, daß im Allgemeinen Niemand eine Sache besitzen kann, welche Bestandtheil einer andern, von einem dritten innegehabten Sache ist. Hierin aber sind die möglichen Ausnahmen schon angedeutet; vermöge eines Stellvertretungs-Verhältnisses nämlich kann die Detention beider Sachen in einer Hand liegen, der juristische Besitz aber gleichwohl zwei verschiedenen Subjekten zustehen. Wo dieß der Fall ist, liegt die obige Schwierigkeit nicht vor. Der Tradition eines Theiles steht somit dann kein Hinderniß entgegen, wenn der juristische Besitz daran zwar übertragen, zugleich aber dafür gesorgt wird, daß die Detention des Theils bis zur Trennung in der Hand desjenigen bleibe, der das Ganze detinirt.[14])

Wie eine ganze Sache, so ist auch ein intellektueller Theil der-

---

diesem Sinne ergangene Entsch. des ob. Ghfs. dd. 26. Aug. 1853, österr. Ger. Ztg. 1854 Nro. 8, 9. Theilung eines Gebäudes behufs gesonderter Tradition des einen Theils also ist nur in der Weise möglich, wie dieß oben in L. 6. §. 1. cit. angedeutet ist, nämlich so, daß jeder Theil ein Haus für sich wird.

[14]) Also Tradition des Theils durch Constitutum possessorium, oder brevi manu-Tradition desselben an den Detentor des Ganzen (Bg. Gb. §. 428). — Ob dieß auch auf dem Boden des gemeinen Rechts statthaft sei, ist zu bezweifeln (siehe darüber Wächter, Archiv f. civ. Praxis XXVII. S. 180, N. 38 und Puchta, Inst. II. S. 566). Das röm. Recht stellt den Grundsatz auf, daß, wer das Ganze besitzt, nicht zugleich Besitzer der Theile ist. L. 30. pr. D. possess. qui universas aedes possidet, singulas res, quae in aedificiis sunt, non videtur possedisse — L. 7. §. 1. D. ad exhib. 10, 4, si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis.... quamvis tunc civiliter non possideas u. a. m. Vgl. Savigny, S. 263 f. Dagegen Arndts, Pand. §. 138 (unter Berufung auf die vielbesprochene L. 30. §. 1. D. usurp.): „Jedoch kann eine bewegliche Sache..... für den Besitzer des zusammengesetzten Ganzen ungeachtet dieser Verbindung auch besonderer Gegenstand des Besitzes bleiben.“ S. die daselbst Anmerk. 2 Citirten und dazu Windscheid §. 138. 152. Im bg. Gb. findet sich keine Andeutung, die uns veranlassen könnte, den obigen Grundsatz für recipirt zu halten, und demnach auch für das österr. Besitzrecht in Anwendnng zu bringen. Wer den ganzen Wagen besitzt, besitzt nach unserer Rechtsanschauung, wenigstens möglicher Weise eben dadurch auch die einzelnen Theile desselben. (Vgl. Sintenis, Archiv f. civ. Praxis XX. S. 75—115; Randa, S. 176. Anderer Meinung Lenz, Recht des Besitzes (1860) S. 139 f., welcher die Unmöglichkeit eines Besitzes an Theilen der eigenen Sache a priori darthun will, dabei aber von der m. E. falschen Grundvoraussetzung ausgeht, es sei „unmöglich, daß der Besitzer besondere Theile seiner eigenen Sache haben und behalten wolle.“ S. Vangerow I. S. 369.

selben (pars pro indiviso) für sich möglicher Gegenstand des Besitzes und der Tradition.[15]) §. 361, 825, 1181. — L. 5. D. de stip. serv. 45, 3. L. 66. §. 2. D. de legat. II. (31). — L. 8. C. act. emti.

Wer derartigen Theilbesitz an einer Sache erwerben will, muß die Detention der ganzen Sache apprehendiren; denn soll er in den Stand gesetzt werden, etwa den Genuß des vierten Theils der Nutzung eines Gebäudes für sich zu verwenden, so muß er das ganze Gebäude in seiner Macht haben.[16]) Die Uebergabe des Theilbesitzes kann daher nur durch Uebertragung der ganzen betreffenden Sache in die Detention des Empfängers bewerkstelligt werden. Das Charakteristische dieser Tradition liegt nicht in dem corpus des zu erwerbenden Besitzes, sondern darin, daß der Empfänger einen beschränkten animus possidendi hat, indem dieser nämlich nicht die ganze Sache begreift, sondern nur einen gewissen aliquoten Theil ihres Werthes. Wie nun bei der Tradition jeder ganzen Sache der Wille des Uebernehmers bestimmt auf den Besitz derselben in ihrem ganzen Umfange gerichtet sein muß, so wird hier erfordert, daß derselbe das deutliche Bewußtsein der arithmetischen Größe des zu übernehmenden Werththeils habe;[17]) denn ohne dieses würde es dem animus possidendi an der erforderlichen Präcision fehlen: incertam partem rei nemo possidere potest; veluti si hac mente sis, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere. L. 3. §. 2. D. possess. cf. L. 26. D. eod. L. 32. §. 2. D. usurp.[18])

B. Unkörperliche Sachen.[19])

Der Begriff des Besitzes, wie er von der älteren römischen Jurisprudenz gefaßt wurde, paßt nur auf körperliche Sachen; so wenig man

---

[15]) Savigny, B. S. 298 f., Schmid, Handbuch I. S. 95 f., Randa, S. 164 f. — Gesterding (Eigenthum, S. 175) sieht darin nur „uneigentliche Tradition," arg. L. 18. §. 2. D. h. t. (?)

[16]) Dieß schließt jedoch die gleichzeitige Innehabung desselben Hauses durch einen dritten nicht aus, vorausgesetzt, daß dessen animus possidendi nicht weiter als höchstens auf $^3/_4$ des Werthes sich erstreckt.

[17]) Randa, S. 167, 168.

[18]) Ueber die verschiedenen Interpretationsversuche zu der letzteren Stelle s. Windscheid, §. 152. Note 12.

[19]) Elvers, §. 68, Randa, §. 24 und die dort Angeff.

auf einer unkörperlichen Sache, auf einem Gedankending, wirklich sitzen kann, so wenig kann dasselbe Gegenstand des Besitzes sein. In diesem Sinn heißt es ganz allgemein: possideri possunt, quae sunt corporalia. L. 3. pr. D. possess. Und bezüglich der Tradition: incorporales res traditionem non recipere manifestum est. Gajus II. §. 28, cf. §. 19. Und Labeo sagte von den Servituten (nach Javolen's Zeugniß L. 20. D. de serv. 8. 1) daß nulla ejusmodi juris vacua traditio esset.

Allein noch innerhalb dieses Gesichtskreises kam man mit der Zeit zu einer Form der Anschauung, welche die Brücke bildete zur possessio *juris*. Zugegeben nämlich, daß nur körperliche Sachen besessen werden können, so ist es gleichwohl möglich, daß während der Eine die Sache in ihrer Totalität beherrscht, ein Anderer über dieselbe nach einer gewissen Richtung hin eine bestimmte begrenzte Herrschaft ausübt; diese Herrschaft kann Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein und indem der Berechtigte sein Recht ausübt, beherrscht er nach dieser Richtung hin nothwendig zugleich die Sache. Von diesem Gesichtspunkt aus erscheint somit die Ausübung einer Servitut stets als — je nach dem Inhalt derselben verschieden gearteter — Sachbesitz. Diese Anschauungsweise erscheint in den Quellen eingeführt durch Javolenus, durchgeführt und vorzugsweise vertreten von Paulus.

Ersterer behauptet gegen Labeo, daß die Ausübung einer Servitut durch possessorische Interdikte geschützt sei, und begründet diese seine abweichende Ansicht durch die Worte: ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. L. 20. D. cit.

Als Gegenstand dieser „traditio possessionis“ denkt aber der Jurist nicht etwa das Recht selbst, sondern die dienstbare Sache;[20]) die (versteht sich mit Einwilligung des dominus vorgenommene) Ausübung der Servitut soll als Tradition des (die Sache nur partiell

[20]) Auf dieser Verwechslung beruht es, wenn Elvers a. a. O. S. 666 f. Javolen schon zu den Vertretern der später von Ulpian zur Geltung gebrachten Ansicht rechnet. Unsere Stelle scheint vielmehr gerade das Gegentheil zu beweisen: denn hätte Javolen, wie später Ulpian, in dem usus juris die possessio juris gesehen, so hätte er einfach gesagt: usum ejus juris pro possessione (sc. juris) accipiendum; es hätte der Annahme einer traditio corporis als Konstruktionsmittel nicht bedurft.

ergreifenden) Sachbesitzes aufgefaßt, und als solcher durch die poss. Interdikte geschützt werden: *ideoque* interdicta veluti possessoria constituta sunt; d. h. eben weil der usus juris seinem Wesen nach Sachbesitz ist, darum sind für ihn die possessorischen Interdikte anwendbar.

Paulus spricht diese Auffassung der Sache direkt aus in L. 20. D. de S. P. U.

Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur; — „possessione“ heißt hier: durch die körperliche Herrschaft, welche der Besitzer des berechtigten Grundstückes an dem dienenden Gebäude ausübt. Dieß beweist das gleich folgende: „Nam si forte ex aedibus meis in tuas aedes tignum immissnm habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem .... quia in tuo aliquo utor ....“ Die Servitut selbst kann nach Paulus nicht ersessen werden (L. 14. D. de serv. 8. 1.), weil sie eine unkörperliche Sache ist, und solche nicht besessen[21]) werden können: Nec possideri intelligitur jus incorporale ... L. 4. §. 27. D. usurp. (Paulus). L. 3. pr. D. poss. (Paulus).

Demnach kennt Paulus einen Besitz an Rechten noch nicht; das „retinere“ der Servitut wird nach ihm durch dauernde körperliche Herrschaft über die dienende Sache (im Ganzen oder blos partiell) vermittelt; die Ausübung des Rechts stellt sich als Sachbesitz dar.

Der Begriff der juris possessio, wie er aus dem römischen Recht in das kanonische und gemeine Recht herübergekommen ist, scheint erst

---

[21]) In L. 14. cit. sucht Paulus die Bestimmungen einer Lex scribonia (s. L. 4. §. 29. D. usurpat.) welche die Usukapion der Servituten (vgl. Vangerow I. S. 867) abschaffte, theoretisch zu rechtfertigen. Er führt zu diesem Zwecke zwei Gründe an: 1) .... incorporales sunt et ideo usu non capiuntur .... 2) quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem, nemo enim tam perpetuo .... ire potest .... u. s. w. Die ganze Argumentation ist sichtlich unsicher; während nach 1) Besitz an derlei Rechten überhaupt als unmöglich angesehen wird, sollen dieselben nach 2) doch possessionem, wenn auch nicht certam und continuam zulassen. In Letzterem liegt eine Hinneigung zur Anschauung Ulpians. — Ueber die Inconsequenz, welche überdies darin liegt, wenn Paulus hier für das Dasein des Besitzes Continuität der Ausübung zu fordern scheint, während beim Sachbesitz Continuität der Detention durchaus nicht erforderlich ist, vgl. Bruns, Recht des Besitzes, S. 80.

durch Ulpian ausgebildet,[22]) und in die Rechtswissenschaft eingeführt worden zu sein.[23])

Nach Ulpians Theorie begründet die Thatsache, daß Jemand den Inhalt eines jus in re aliena, als ein ihm zustehendes Recht dauernd ausübt, ein Verhältniß dieser Person zur Sache, welches an sich zwar rein faktischer Natur ist, als Grundlage gewisser Rechtsverhältnisse aber von juristischer Bedeutung werden kann; darin liegt eine Analogie zum Sachenbesitz, daher dieses Verhältniß mit dem Ausdrucke juris (quasi) possessio bezeichnet wird. . . . Qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est. . . . . L. 2. §. 3. D. de precario. (43, 26). Ulpian.

. . . . . tuendum esse eum, qui hoc jus possedit. . . . L. 2. D. comm. praed. (8. 4.) Ulpian.

Das corpus des Rechtsbesitzes ist die Ausübung (usus) der Befugnisse, welche den Inhalt des Rechts bilden. . . . . longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute. . . . L. 5. §. 3. D. de itinere (43, 19) Ulpian. Vgl. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. L. 1. §. 23. D. aqu. et a. pluv.

Dem animus rem sibi habendi beim Sachbesitz korrespondirt hier der Wille, das fragliche Befugniß als eigenes Recht auszuüben (tamquam id *suo jure* faceret) L. 25. D. quemadm. serv., L. 7. D. de itinere.

Gegenstand des Quasibesitzes ist das Recht, welches ausgeübt

---

[22]) Schon Julian sprach von possessio ususfructus: „est enim absurdum, plus juris habere eos, qui possessionem duntaxat ususfructus, non etiam dominium adepti sunt.“ L. 3. D. usufr. pet. 7. 6. Allein auch er theilte die Auffassungsweise seiner Zeit, wie sich aus L. 32. §. 1. fin. D. S. P. U. ergibt. . . . natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint: sed intelligatur possessionem eorum habere, qui aedes possidet (Julianus). Da nun gerade beim Usufrukt Ausübung des Rechts und volle Detention der dienenden Sache nothwendig zusammenfallen, ist freilich von hier aus nur mehr ein Schritt zur Annahme eines eigentlichen Besitzes am Recht selbst.

[23]) Vgl. außer den im Text angeführten Stellen namentlich noch: L. 23. §. 2. D. quib. ex caus. maj. L. 6. §. 1. D. si servitus. L. 10. pr. D. eod. 8, 5. L. 3. §. 2. D. de itinere. L. 1. §. 2. D. eod. 43, 19. L. 1. §. 8. D. quod legator, 43, 3 (sämmtlich aus Ulpians Werken).

wird, also eine unkörperliche Sache.[24]) Das Charakteristische dieses Verhältnisses, sein Unterschied vom Sachbesitz, liegt also darin, daß hier nicht Detention (welche nur an körperlichen Sachen denkbar ist), sondern *usus*, des dem Besitz zu Grunde liegenden corpus ist.

Diese Theorie, welche eine bedeutende organische Erweiterung des bisherigen Rechtssystems in sich schloß, brach sich Bahn, und wurde so entschieden die herrschende, daß Konstantin hundert Jahre nach Ulpian rescribiren konnte: Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam quae jure consistit, aliam quae corpore. . . .[25]) L. 10. C. de acqu. poss. 7. 32.

Fragt man nun, welche Rechte es denn waren, die die Römer als mögliche Gegenstände eines „diuturnus usus" und dadurch der juris quasi possessio betrachteten, so zeigt sich, daß dieser Begriff mit seinen rechtlichen Konsequenzen (Interdiktenschutz und usucapio) lediglich auf die Servituten angewendet wurde;[26]) von einer Anwendung desselben auf andere Rechte, etwa Obligationen oder Erbrecht findet sich in den römischen Rechtsquellen keine Spur.[27]) Ebensowenig geben

---

[24]) Der Grundsatz, daß unkörperliche Sachen nicht besessen werden können, galt der ältern römischen Jurisprudenz als so evident, daß selbst Ulpian, obwohl einen wesentlich neuen Standpunkt behauptend, in Einer Stelle noch Anstand nimmt, denselben geradezu umzustoßen, sondern sich darauf beschränkt, lediglich dessen praktischen Konsequenzen mit einem schüchternen „potest tamen defendi," „tutius tamen erit dicendum" entgegenzutreten. L. 1. §. 8, 9. D. quod legat. 43, 3.

[25]) Diese „duplex ratio" läßt sich dadurch theoretisch auf Einen Grundbegriff zurückführen, daß man den Sachbesitz als Besitz des Eigenthumsrechtes faßt und denselben dem allgemeinen Begriff des Rechtsbesitzes unterordnet (Windscheid §. 151, Note 2); bei den Römern findet sich diese Reduktion nicht: ohne Zweifel weil sie ohne jede praktische Bedeutung ist. Einen — gewiß mißlungenen — Versuch dieser Zusammenfassung hat der Code civil, art. 2228. Vgl. Bruns, S. 443 f.

[26]) Savigny, B. S. 608 f. rechnet hierher auch die superficies; allein mit Rücksicht auf L. 13. §. 3. D. de pign. (cf. L. 16. §. 2. D. h. t. L. 12. §. 2, 3. D. Publ. L. 72. §. 1. D. R. V.) und L. 1. §. 3—5, D. de vi. (cf. L. 4. §. 27 D. de usurp.) dürfte die Ansicht von Bruns (S. 9. f.) für die richtige zu halten sein, wonach die Römer hier wie beim Faustpfand und der Emphyteuse nicht Rechtsbesitz, sondern (abgeleiteten) Sachbesitz angenommen haben.

[27]) Savigny, §. 44, Bruns, S. 82 f.; was die Obligationen betrifft, so ist von ältern, gemeinrechtlichen Schriftstellern oft das Gegentheil behauptet worden.

dieselben unmittelbar eine Antwort auf die seitens der Theorie aufzuwerfende Frage, ob und warum Quasi-Besitz gerade nur an Dienstbarkeiten möglich sei: wo die Römer von juris possessio reden, da verstehen sie eben darunter stets den Servitutenbesitz. — So hielten es auch die Glossatoren; sie handeln zu den betreffenden Stellen den Besitz der Servituten als Rechtsbesitz ab, ohne die prinzipielle Frage nach dem möglichen Umfang desselben auch nur aufzuwerfen.[28])

Eine viel weitergehende und folgenreiche Entwicklung hat jedoch die Theorie vom Besitz der Rechte innerhalb des kanonischen Rechts erfahren, eine Entwicklung, deren Resultate nicht nur die gesammte Praxis der „kirchlichen Jahrhunderte" beherrschten, sondern auch, wie keine andere Parthie des kirchlichen Rechtssystems, auf die Besitztheorien unserer modernen Gesetzbücher einen maßgebenden Einfluß geübt haben.[29])

Schon im ältesten kanonischen Recht finden sich einzelne Anwendungen des Besitzbegriffes, welche bezeugen, daß bereits im fünften Jahrhundert innerhalb der Kirche die Tendenz hervortrat, in diesem Punkte

---

S. Glück XXI. S. 50 f. Vgl. Unger, II. §. 104. N. 56. — Ein Argument für diese irrige Behauptung hat man in L. 6. pr. D. de usuris finden wollen. Dieß ist schon darum zu verwerfen, weil die Stelle von Papinian ist, somit aus einer Zeit stammt, die weit vor der Entwicklung der Theorie vom Quasibesitz liegt. Vgl. übrigens L. 7. Cod. de usuris und L. 28. Cod. de pactis: Si certis annis . . . . datum fuerit, ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit (Diokletian). Daß die usucapio pro herede, Gaj. II. 54, 55, die gar nicht auf Grund einer *juris* possessio geschieht, nicht hierher gehört, versteht sich von selbst.

[28]) Vgl. die Glosse zu L. 7. D. de itinere, L. 14. D. de serv. L. 2. D. comm. praed. L. 3. pr. D. poss. Bruns, S. 120. Nur in Einer Stelle findet sich ein Hinausgehen über den vom röm. Recht dem Quasibesitz gezogenen Umfang angedeutet; es ist dieß die Glosse zu L. 9. D. de H. P. von Akursius: Incorporalia, ut servitutes, improprie quis dicitur possidere: et *magis improprie* creditor jus, quod habet in debito, ... dicitur possidere. — Der Glossator führt hier eine Schuldforderung als eine unkörperliche Sache auf, welche besessen werden kann, wenn auch nicht wie ein Servitut, so doch in einem „sehr uneigentlichen" Sinne. Diese ziemlich unklare Auffassung konnte sich nicht aus den röm. Quellen ergeben haben, sie steht im Zusammenhange mit den durchaus unrömischen Lehrmeinungen der gleichzeitigen Kanonisten.

[29]) Zu dem Folgenden s. insbes. Bruns, §§. 16 ff., dessen historischen Ausführungen auch Randa S. 245 f. gefolgt ist.

über das römische Recht hinauszugehen; so spricht schon hundert Jahre vor Justinian das sechste Konzil von Karthago von Besitz der bischöflichen Gewalt[30]) und ordnet eine Art Ersitzung derselben an. Die immer komplizirter sich gestaltende Verfassung der Kirche, sowie der Zustand der Rechtspflege im Mittelalter, konnten diese Tendenz nur begünstigen: bei der Langwierigkeit der petitorischen Prozesse mußte es stets im Interesse des Klägers liegen, eine Besitzstörung zu behaupten, um durch ein kürzeres possessorisches Verfahren das zu erreichen, um was ihm zunächst zu thun war, den Genuß des angesprochenen Rechtes; dazu kommt, daß seit der allgemeinen Rezeption der exceptio spolii[31]) die Fälle sich außerordentlich vermehren mußten, wo der Geklagte sich auf eine Spoliation berief, um der Verurtheilung zu entgehen, oder dieselbe wenigstens hinauszuschieben.

Da es nun an einem wissenschaftlichen Prinzip über den möglichen Umfang des Rechtsbesitzes durchaus fehlte, konnte es nach und nach dahin kommen, daß immer mehrere und zuletzt die verschiedenartigsten Rechte von der kirchlichen Praxis als besitzfähig anerkannt wurden, und die Ergebnisse dieser Praxis sind ohne kritische Sichtung in die kanonische Gesetzsammlung aufgenommen worden:

Die Decretalen Gregors IX. sprechen von possidere, quasi-possessio an kirchlichen Würden und Aemtern,[32]) am Patronats-, Elektions-, Präsentations- und Kollations-Recht,[33]) an Pfründen und Beneficien,[34]) an Zehnten und anderen Reallasten,[35]) an dem Ehren-

---

[30]) Codex ecclesiae Africanae c. 119. v. J. 419; vgl. c. 120. eod. — Conc. v. Chalcedon (451) cap. 17. Bruns, S. 129.

[31]) Ueber Geschichte und Prinzip der exceptio spolii vgl. Bruns §. 18—20, §. 27, Savigny, S. 628—630.

[32]) Possessionem *archidiaconatus* c. 30. X. de testibus. — *praepositurae* possessionem c. 46. X. de appellat. — *abbatiae* possessionem c. 22. X. de rescriptis. — *prioratus cantoriae* possess. c. 6. X. de confirmat. c. 5. X. de supplenda possessione juris *parochialis*. c. 17. X. de rest. spol.

[33]) C. 18. X. de sententiis. — c. 3. X. re sede vac. — c. 24. X. de election. — c. 7. X. de causa possess.

[34]) *praebendam* possidere. c. 10. X de concess. praeb. cf. c. 14. de praeb. in VI^{to} — *beneficiis* spoliare c. 7. X. de rest. spol. u. A.

[35]) *affictuum* et *pensionum* possessio. c. 19. X. de rest. spol. — *decimas* poss. c. 6. X. de praescript. c. 9. X. h t. — c. 31. X. de privileg. u. A.

recht des Bischofs, sich das Kreuz vortragen zu lassen,[36]) an dem gegenseitigen Recht der Ehegatten auf die eheliche Gemeinschaft.[37]) Vom Besitz an Obligationen ist in den Dekretalen nicht die Rede; dies gab Veranlassung zu einer Controverse über diesen Punkt, die vom dreizehnten Jahrhundert ab unter den Kanonisten lebhaft verhandelt wurde. In der Praxis brachte sich die Ansicht zur Geltung, daß wenigstens dann immer Besitz anzunehmen sei, wenn sich ein sogenannter „status percipiendi“ nachweisen lasse, also namentlich bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen.[38])

Man sieht, der Boden des römischen Rechts war hier längst verlassen; der bestimmte römische Begriff des Quasibesitzes hatte sich durch das Bestreben der Zeit, jedwede Rechtsverletzung zunächst als Störung eines Rechtsbesitzes hinzustellen, dermassen in's Vage verflüchtigt, daß eine deutliche Bestimmung seines Umfangs auf Grund der vorliegenden kanonischen Rechtsquellen gar nicht möglich ist.

Diese eigenthümliche Entwicklung innerhalb des kanonischen Rechtes allein erklärt, bei dem immer wachsenden Einfluß desselben auf die deutsche Praxis, den befremdenden Umstand, daß letztere sich vom vierzehnten und fünfzehnten Jahrhundert ab rücksichtlich des Besitzes der Rechte in Anschauungen bewegte, die weder im einheimischen,[39]) noch im recipirten römischen Rechte ihre Wurzeln haben.

---

[36]) C. 1. X. ut lite pend.

[37]) Dieß wird von Savigny S. 616 f. und von Dunker („Ueber den Quasibesitz,“ Zeitschrift für deutsches Recht Bd. II. S. 53 f.) bestritten; dagegen in überzeugender Weise Bruns S. 191—194. — Die entscheidenden Stellen sind: c. 8, 10, 13, 14, X. de rest. spol. c. 11, X. de praesumpt. c. 1. X. de ord. cognit.

[38]) Ueber diese Controverse vgl. Bruns S. 242 f. und S. 277—279.

[39]) Das ältere germanische Recht kannte überhaupt keinen Schutz des Besitzes als solchen; die dingliche Klage der ältesten Zeit setzte einerseits auf Seiten des Klägers ein Recht voraus, andererseits wurde sie durch rein petitorische Einreden des Beklagten ausgeschlossen, letzteres sogar dann, wenn der Beklagte durch Gewalt in den Besitz gekommen war. Das spätere Recht kennt allerdings Gewere am Grundzins (Albrecht, Gewere §. 18.), allein diese Gewere erscheint zugleich immer als Gewere an der Sache selbst (ähnlich der Auffassung der älteren röm. Juristen, die in der Ausübung der Servituten Sachbesitz erblickten); eigentlichen Rechtsbesitz im Sinne des spätern römischen und des kanon. Rechts hatte das deutsche Recht nicht; s. die Ausführungen bei Bruns §. 36, 38 und die bei Randa S. 248, N. 27 Angeff.

Die dem kanonischen Rechte angehörende weite Anwendung des Besitzbegriffes und Besitzschutzes kam dadurch schon früh nach Deutschland herüber, daß von jeher zahlreiche Rechtshändel auf deutschem Boden, sei es weil die Parteien der kirchlichen Hierarchie angehörten, oder weil das Objekt des Streites unter die Jurisdiktion der Kirche fiel, nach kanonischem Rechte ausgetragen wurden; so die häufigen Prozesse über kirchliche Zinse (pensiones), Zehenten, Patronats- und geistliche Jurisdiktions-Rechte u. s. w.[40])

Von da aus gingen jene Ansichten bald auch in die deutsche weltliche Praxis über: im sechzehnten Jahrhundert stand es bereits fest, daß Besitz nicht nur an allen Arten von Vermögensrechten, an Zöllen, Grundlasten, Regalien ꝛc.,[41]) sondern auch am Bürgerrecht, Ehren-Aemtern und Rang-Rechten, dem Adel, der persönlichen Freiheit, der väterlichen und ehelichen Gewalt, stattfinde und geschützt werden müsse.[42])

Damit war denn der kanonistische Standpunkt mit seiner ganzen Unklarheit und Prinziplosigkeit in Deutschland adoptirt, und er wurde bis in den Anfang unseres Jahrhunderts herab im Wesentlichen festgehalten. Den Juristen dieser Zeit war alles Gegenstand des Besitzes, was nur immer als Inhalt einer Rechtsausübung gedacht werden konnte,[43]) und die Verwirrung wurde dadurch wo möglich noch größer, daß man den Begriff des Rechtes im subjektiven Sinn selbst ungebührlich erweitert hatte, indem man alles das, was man „Zustands-

---

[40]) S. die bei Dunker a. a. O. §. 4. abgedruckten Urkunden Nr. I—IV.: cum progenitores nostri .... in possessione vel quasi fuerint juris percipiendi decimam .... — Nr. V.: .... in possessione vel quasi juris exercendi et instituendi .... Nr. XI. .... in stiller Nutz und Gewer .... ingehabt .... seine Hintersassen .... als Gerichtsherr zu straffen .... v. J. 1488. — Nr. XIX. Aus diesen der kanon. Praxis in Deutschland angehörenden Urkunden zieht Dunker ungerechtfertigte Schlüße über die Besitzthorie des deutschen Rechts; dagegen mit Recht Bruns S. 329, N. 1.

[41]) R. A. v. 1548. §. 59. Landfr. v. 1548. §. 1. — R. A. v. 1555. §. 18, 20.

[42]) Bruns S. 383: Auch vom Besitz der Religionsübung ist im 17. Jahrhundert die Rede. S. 407. N. 3. ib.

[43]) So sagt noch Winiwarter ziemlich naiv: „.... da man indessen bei jedem Rechte unterscheiden kann, ob es wirklich zusteht, oder blos ausgeübt wird, als ob es zustände, so läßt sich in so weit (!?) bei jedem Rechte ein Besitz denken.“ Bürg. Recht II. S. 32.

Rechte, allgemeine Personenrechte" u. s. w. zu nennen pflegte (Unger I. §. 60) unter demselben mitbegriff. So kam es, daß vom Besitz der Verwandtschaft, eines gewissen Grades der Schwägerschaft, der Legitimität u. s. w. die Rede war,[44]) — so kam es, daß die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches es für nöthig hielten „die Rechte eines Ehegatten, eines Vaters, eines Kindes" durch einen besondern Paragraphen (§. 1458) von der Ersitzbarkeit zu eximiren.

Diese allgemeine Verwirrung wurde nur scheinbar dadurch beseitigt, daß die Theorie den beliebten Begriff der „unkörperlichen Sachen"[45]) in die Lehre vom Quasibesitz einführte; freilich schien nichts einfacher und systematisch richtiger als das Prinzip: körperliche Sachen sind Gegenstand der possessio, unkörperliche der quasipossessio. Allein damit ist in der That nichts gewonnen, denn es entsteht sogleich die Frage, was sind unkörperliche Sachen im juristischen Sinn,[46]) und wie ist Besitz an solchen zu denken? —

Dieß waren im Allgemeinen die Lehrmeinungen rücksichtlich des Besitzes der Rechte, welche um die Zeit der Entstehung des österreichischen Gesetzbuches die Theorie und Praxis beherrschten, und die in diesem Gesetzbuch naturgemäß ihren legislativen Ausdruck finden mußten; es darf uns daher im Hinblick auf diese prinziplose Theorie durchaus nicht befremden, wenn wir auf die Frage nach den möglichen Gegenständen des Quasibesitzes eine befriedigende Antwort in unserm Gesetzbuch nicht finden.[47]) Diesem Mangel abzuhelfen ist Sache der gerade

---

[44]) S. die bei Dunker a. a. O. S. 30. N. 1—7 citirten Schriftsteller. Bemerkenswerth ist u. A. Hommel's (Rhaps. observ. 489) Skrupel, ob denn der Arzt, den ich verabschiede, nicht wegen gestörten Besitzes gegen mich klagend auftreten könne?

[45]) Vgl. Unger I. S. 356—361. Wächter zum sächs. Entw. S. 177 f. L. 1. §. 1. D. de rer. div. (Gaj. II. §. 12—14, J. de reb. incorp. II. 2).

[46]) Die Beantwortung dieser Frage in §. 292, a. b. Gb. (vgl. Zeiller II. S. 12) beruht auf der Verwechslung der Begriffe Sache und Ding; der allgemeine Begriff unkörperliches Ding aber ist juristisch unbrauchbar, vgl. §. 311, §. 1455 bg. Gb. — Während in §. 292 die Rechte als Beispiele unter die allgemeine Kategorie „unkörp. Sachen" gestellt sind, scheint §. 312 diese beiden Begriffe als identisch vorauszusetzen; ebenso §. 314. b. Gb. „der Besitz sowohl von Rechten als von körperlichen Sachen ...."

[47]) Daß §. 311 eine solche nicht enthält, dürfte nach allem Obigem kaum mehr zweifelhaft sein. — Ganz abgesehen aber von der Unklarheit, die durch den Gebrauch

in der Lehre vom Besitz seit dem Beginne dieses Jahrhunderts so wesentlich fortgeschrittenen Theorie. —

Es war zu keiner Zeit zweifelhaft, daß die faktische Ausübung des Rechtes die materielle Grundlage des Quasibesitzes bilde; ohne Rechtsausübung kein Rechtsbesitz. Allein ob jede oder nur eine in bestimmter Weise qualifizirte Ausübung zur Begründung des Rechtsbesitzes genüge, ob daher, da alle Rechte ausgeübt werden können, auch alle des Besitzes fähig sind, oder ob einige ausgenommen werden müssen, und welche — darüber herrschte bis auf Savigny herab vollständige Unklarheit; erst als es diesem gelungen war die irrigen Ansichten seiner Zeit über den Sachbesitz gründlich zu reformiren, konnte auch die Theorie vom Quasibesitz wissenschaftlich konstruirt werden; dabei mußte dem historischen Ursprung des Rechtsbesitzes gemäß, von der Analogie des Sachbesitzes ausgegangen werden, wie dies schon durch die römischen Juristen angedeutet war. Von den auf diesem Weg gewonnenen, für das heutige Besitzrecht maßgebenden Resultaten ist hier nur zu berücksichtigen, was sich auf die Frage nach dem möglichen Umfang des Quasibesitzes, insoferne dessen Apprehension die Form eines dinglichen Vertrags bilden kann, bezieht; die Lösung derselben ergibt sich aus Folgendem.

Die Thatsache, daß Jemand eine (körperliche) Sache in seiner „Macht oder Gewahrsame" hat, ist an und für sich juristisch gleichgültig; allein dieselbe kann nach verschiedenen Richtungen hin die Grundlage von Rechtsverhältnissen werden. Das Faktum der Detention verleiht die Beklagtenrolle im Prozeß, bildet die Grundvoraussetzung der Ersitzung u. s. w.; das wichtigste aber ist, daß die Detention, wenn auch selbst kein Rechtsverhältniß, doch unter gewissen Voraussetzungen in der Weise unter dem rechtlichen Schutz steht, daß jede widerrechtliche Störung dieses Zustandes ein Rechtsverhältniß (obligatio ex

---

des Ausdruckes „unkörperl. Sachen" (s. Unger I. S. 360. N. 30) in den ganzen Paragraph kommt, stellt derselbe eine Regel hin, die einerseits in dieser Allgemeinheit gewiß falsch ist, deren Ausnahmen aber andrerseits nirgend aufgeführt sind. — Eben so ungenügend ist diese Materie im Pr. L.-Rt. behandelt, dessen „bodenlose Ausdehnung" des Besitzbegriffs (vgl. I. 7. §. 4 f.) jedoch von der Praxis beharrlich zurückgewiesen worden ist. S. Koch, Besitz S., 108 f., Privatr. I. §. 172, Bornemann I. S. 564.

delicto) zwischen dem Gestörten und dem Störer erzeugt. — Aehnlich verhält es sich mit der Ausübung eines Rechtes; durch diese Ausübung, d. h. die Verwirklichung derjenigen Willensherrschaft, die den Inhalt desselben bildet, kann ein der Detention analoger Zustand entstehen, der wie diese zunächst rein faktisch ist, unter Umständen aber, und namentlich in Folge widerrechtlicher Störung, die Quelle wichtiger Rechtsverhältnisse wird. Denn es ist eine durch jedes entwickelte Güterleben gebotene Nothwendigkeit, daß gegebene wirthschaftliche Zustände gegen jeden nicht petitorischen Angriff, schleunig, und zwar zunächst ohne Rücksicht auf deren materielle Berechtigung geschützt werden; auf dieser Nothwendigkeit beruht einerseits alles Besitzrecht, andrerseits hat dasselbe dort seine nothwendige Grenze, wo keine Störung denkbar ist, mithin es keines Schutzes bedarf.

Gegenstand einer Störung aber kann nur ein Zustand, ein dauerndes Verhältniß sein; was nur momentan existirt, kann nicht gestört werden. Dieß führt zur Beachtung eines wesentlichen Unterschiedes zwischen Sachdetention und Rechtsausübung: mit Apprehension der ersteren nämlich ist ein Zustand der angegebenen Art stets gegeben, die Möglichkeit der Störung desselben kann keinem Zweifel unterliegen; ob dagegen durch die Thatsache der Ausübung eines Rechts ein stetiges, und darum Störungen möglicherweise ausgesetztes Verhältniß zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt gesetzt werde, das hängt durchaus von der Natur des ausgeübten Rechts ab. Da sich nun das Recht des Besitzes nur an ein derartiges Verhältniß knüpfen kann, so ergibt sich, daß zwar im Allgemeinen die Detention jeder Sache nicht aber die Ausübung eines jeden Rechts möglicher Gegenstand des Besitzes ist, denn es gibt Rechte, bei denen es auf den ersten Blick klar ist, daß sie eine dauernde Ausübung nicht zulassen.

Nur bei denjenigen Rechten also, durch deren Ausübung ein thatsächlicher Zustand geschaffen wird, der des rechtlichen Schutzes bedürftig und fähig ist, kann von Quasibesitz die Rede sein.[48]) Bei welchen

[48]) Darüber, daß das Kriterium der Besitzfähigkeit eines Rechts in der Möglichkeit seiner dauernden Ausübung liege, ist man h. z. T. im Prinzip wenigstens einig (s. die bei Randa S. 240. N. 9 Angeff.), um so lebhafter aber wird partikularrechtlich über dessen Anwendung auf die einzelnen Rechte, insbesondere die

Rechten dieß überhaupt der Fall ist,[49]) soll hier nicht untersucht werden. Denn da es uns auf die Möglichkeit des Rechtsbesitzes nur insofern ankommt, als der Erwerb desselben als Form eines Traditionsvertrags — der Uebertragung oder Bestellung eines dinglichen Rechts — erscheint, so beschränkt sich die obige Frage für unsern Zweck dahin: welche dinglichen Rechte sind mögliche Gegenstände des Besitzes, des Besitzerwerbs und somit der Tradition?

1) Eigenthumsrecht. Daß dieses seiner Natur nach geeignet wäre, Gegenstand des Quasibesitzes zu sein, unterliegt keinem Zweifel; wenn gleichwohl die Theorie vom Quasibesitz auf dasselbe nicht angewendet wird, so hat dieß lediglich einen historischen Grund. Als nämlich die Lehre vom Besitz der Rechte sich entwickelte, war das Recht des Sachbesitzes bereits längst ausgebildet und wissenschaftlich verarbeitet. Nun sind aber Sachbesitz und Quasibesitz des Eigenthumsrechtes Wechselbegriffe, lediglich zwei verschiedene Ansichten desselben Dings, von zwei verschiedenen Standpunkten aus betrachtet (s. oben Not. 25), und es wäre mithin ebenso zwecklos als unpraktisch gewesen, allein einer gewissen äußern Einfachheit zu Liebe den Sachbesitz ganz aufzugeben und durch den Quasibesitz des Eigenthums zu ersetzen;[50]) daß dieß nicht geschah entspricht durchaus dem Wesen geschichtlicher Rechtsentwickelung.[51])

2) Servituten.[52]) Wer an einer fremden Sache gewisse das freie Verfügungsrecht des Eigenthümers beschränkende Befugnisse, als den Inhalt eines ihm zustehenden Servitutsrechtes, ausübt, der steht, so lange diese Ausübung währt, zu der dienenden Sache in einem

---

Obligationen gestritten. (S. für das österr. Rt. Unger I. S. 546. N. 25., II. S. 269. N. 56 und die dort Angeff., dagegen jetzt Randa S. 253 f. und Arndts Münchner krit. Vierteljahresschr. Bd. VIII. (1866) S. 386 f.).

[49]) S. darüber die gründliche, wenn auch m. E. nicht in allen Punkten überzeugende Ausführung von Randa, a. a. O.

[50]) Spangenberg, Besitz §. 102. Dagegen mit Recht Savigny, Seite 213.

[51]) Denn es ist ein Gesetz im organischen Leben des Rechts, daß ein neu entstandenes Gebilde stets so wenig als möglich von dem vorgefundenen, bereits konsolidirten Rechtsstoff verdrängt.

[52]) Randa, S. 240, 241.

dauernden Herrschaftsverhältnisse.[53]) Wie der Eigenthümer dieselbe in ihrer Totalität beherrscht, beherrscht er sie in einer einzelnen Beziehung, und wie dieser Zustand auf Seiten des Eigenthümers (der Sachbesitz), so ist auch sein stetiges Verhältniß zur Sache willkürlichen Störungen von Seiten Dritter ausgesetzt, bedarf daher des possessorischen Schutzes. Nach allem Obigen aber folgt hieraus, daß die Ausübung einer Servitut, den erforderlichen animus possidendi vorausgesetzt, als Quasibesitz zu behandeln sei; dieß ist denn auch niemals bezweifelt worden, sondern gilt unbestritten für das österreichische und gemeine Recht. A. b. Gb. §§. 313, 340, 343, 480, 1470.

3) Reallasten. Das deutsche Rechtsleben hat eine Gruppe von Rechtsverhältnissen hervorgebracht, welche dem klassischen Alterthume durchaus fremd, vermöge ihrer eigenthümlich zwitterhaften Natur der neueren Jurisprudenz vielfache Schwierigkeiten bereitet haben; es sind dieß die auf Grund und Boden radizirten s. g. ewigen Lasten, oder Reallasten.[54]) Ein solches Verhältniß liegt dann vor, wenn der Eigenthümer eines Grundstückes, in seiner Eigenschaft als solcher, einem Dritten zu einer privatrechtlichen[55]) Leistung verpflichtet ist.

Ob nun das einer derartigen Verpflichtung gegenüberstehende Recht,

---

[53]) Dieß gilt auch von demjenigen, der eine s. g. servitus discontinua ausübt: dauernde Ausübung muß nicht zugleich kontinuirliche sein.

[54]) Die umfangreiche Literatur der Reallasten s. bei Beseler, d. Privatr. (2. Aufl.) §. 190, Gerber, §. 167. Nachweisung der verschiedenen Meinungen bei Heimbach, im Rechtslex. Bd. IX. S. 28 f. S. auch Heerwart, zur Lehre von der juris quasi possessio, Linde's Zeitschr. XII. S. 143 f.

[55]) Daran wurde freilich ehedem keineswegs festgehalten. Es lag im Geist des Mittelalters, die Grenzen zwischen öffentlichem und Privatrecht zu verwischen; wir finden daher nicht selten rein publizistische Befugnisse, selbst ganze Zweige der Kirchen- und Staatsgewalt als Privatrechte bestellt und veräußert. (Besonders grell tritt dieses Zusammenwerfen öffentlicher und privater Rechtsverhältnisse noch im Landfr. v. J. 1548 hervor, wo es Eing. §. 1 heißt: „... Daß auch keiner den Anderen seiner possession, Inhabens oder Gewer, es wären Schlösser, Städt, Dörffer, Kirchen, Klausen, Zinss, Gülden, liegend und fahrend Hab und Güter, Regalia, Jurisdiktion, Gericht, Hoch- und Oberheiten, geistlicher und weltlicher Zöll, Wasser, Weide und anderer Gerechtigkeiten, nichts ausgenommen ... freventlich entsetzen ...") Auch das a. b. Gb. ist von dieser Unklarheit keineswegs ganz frei; die Anordnungen des §. 1456 beweisen dieß zur Genüge.

(Reallastberechtigung) zu den dinglichen oder persönlichen Rechten zu zählen sei, oder ob wir es hier mit einer ganz absonderlichen Gattung von Rechten zu thun haben,[56]) die, indem sie dingliche und persönliche Elemente in sich verschmilzt, zwischen beiden Kategorien in der Mitte schwebt[57]) — darüber gehen noch heute die Meinungen weit auseinander. Auf die Theorie der Reallasten einzugehen ist hier nicht Veranlassung, nur das Eine muß, als für die vorliegende Frage von Belang, hervorgehoben werden, daß die Reallasten zu den dinglichen Rechten, — in dem Sinne, wie die römische Rechtswissenschaft diesen Begriff entwickelt und uns überliefert hat, — gewiß nicht gehören.[58]) Denn das charakteristische Merkmal des dinglichen Rechts besteht gerade darin, daß dasselbe die (totale oder partielle) Herrschaft des Berechtigten über eine Sache zum ausschließlichen[59]) Inhalt hat; nun bildet aber den Inhalt einer Reallastberechtigung eine bestimmte Herrschaft, zunächst gar nicht über die Sache, sondern über deren Besitzer, der zu persönlichen Leistungen gezwungen wird. Dieser wesentliche Unterschied wird am deutlichsten, wenn man Fälle gewaltsamer Ausübung des Inhalts der fraglichen Rechte in's Auge faßt, und nun zusieht, wem

---

[56]) Ueber diese verschiedenen Anschauungen und deren Vertreter s. die literar. Nachweisungen bei Unger I. §. 63. N. 19—22, welcher sich mit Wächter Erörterungen I. Nr. VI., Handb. II. §. 48, Walter §. 146 f., Beseler, Syst. §. 190 f. u. A. zu der letzten der im Text skizzirten Ansichten bekennt.

[57]) Nach dieser Ansicht soll das fragliche Recht „in seiner Totalität" zwar ein dingliches, „in seinen einzelnen Ausflüssen", den jeweilig fälligen Leistungen aber ein rein persönliches sein. — Ob diese scharfsinnige Unterscheidung logisch haltbar ist, hängt im Allgemeinen davon ab, ob ein Recht in seiner Totalität von der Summe seiner einzelnen Ausflüsse wesentlich verschieden gedacht werden kann; dieß scheint mir aber eben so unmöglich, als es — um eine naheliegende mathematische Analogie heranzuziehen — gewiß ist, daß die Summenformel einer unendlichen arithmetischen Reihe, deren jedes Glied positiv ist, niemals negativ sein kann. Den innern Widerspruch, welcher demnach m. E. in der obigen Konstruktion des Rechtsverhältnisses liegt, fühlt Unger, wenn auch er (a. a. O. S. 560), „die Anomalie und Zwitterhaftigkeit, welche in dieser gemischten Natur des Verhältnisses liegt, nicht verkennen kann." — Gegen diesen Konstruktionsversuch auch Randa a. a. O. N. 37.

[58]) In demselben Sinne spricht sich neuestens wieder aus Neuner, Wesen und Arten der Privatrechts-Verhältnisse (1866) S. 82.

[59]) S. dazu Ziebarth, Realexekution und Obligation (1866) S. 43 f., Neuner, a. a. O. S. 85 f.

dabei zunächst Gewalt angethan wird, der Sache oder der Person. Wer aber in der Absicht, eine Servitut auszuüben, sich über ein benachbartes Grundstück einen Weg bahnt, oder auf dasselbe sein Vieh treibt, richtet seine Vergewaltigung primär gegen die Sache, und erst sekundär, nämlich falls dieser sich widersetzen sollte, auch gegen den Besitzer; ganz anders, wer eine Reallastberechtigung gewaltsam ausübt; hier ist der Besitzer des angeblich belasteten Grundstücks selbst das nächste Objekt der anzuwendenden vis, denn auch durch die umfassendste Beherrschung des fremden Grundstückes allein, kann der Inhalt der Realberechtigung nicht ausgeübt werden: der Beherrscher mag mit dem Grundstück was immer unternehmen, niemals wird ihm dasselbe Frohndienste, Geldzinse, Zehenten u. s. w. leisten; sei es auch, daß er im letzteren Fall den zehnten Theil der Jahresfechsung für sich eingezogen hätte, so hat er damit doch sein Recht nicht ausgeübt; denn dieses besteht nicht in der Befugniß den zehnten Theil des jährlichen Ertrages zu nehmen, sondern sich denselben vom Besitzer liefern zu lassen.

Die Reallasten sind demnach keine dinglichen Rechte im römischen Sinn; nach der systematischen Konstruktionsweise der römischen Juristen müßten dieselben als an den Besitz der Sache passiv geknüpfte Obligationen aufgefaßt werden. Der jeweilige Besitzer des belasteten Grundstückes ist dem Berechtigten quasi ex contractu obligirt.[60]) Ob nun die Römer, wenn sie derlei Rechtsverhältnisse gekannt hätten, ihren Besitzbegriff auf dieselben würden angewendet haben, ist nach dem eben Gesagten mindestens sehr zweifelhaft.[61])

Allein dem germanischen Rechtsbewußtsein waren die Reallasten von jeher dingliche Lasten; man faßte das Grundstück und dessen jeweiligen Besitzer dem Berechtigten gegenüber als Ein Ganzes zusammen, und so erschien dessen Recht als eine Macht zugleich über Sache und Person.[62]) Dieß bestätigt unter Anderem der Sprachge-

---

[60]) Wie etwa der Erbe dem Legatar, §. 5. J. h. t. 3. 27. — L. 5. §. 2. D. de O. et A. 44. 7. Savigny, Obl. I. S. 134.

[61]) A. M. scheint Savigny B. S. 615, 616 N. 1.

[62]) Grund- und Insassen sind dem Herrn gegenüber ein Ganzes. — Man darf dabei nicht vergessen, daß die in Deutschland bestehenden Reallast-Verhältnisse nur in den seltensten Fällen durch freie Verträge begründet, sondern meist die Konsequenz eines territorialen Unterthanenverbandes waren.

brauch, indem es in der Regel nicht hieß: der Besitzer des Grundstückes hat Zehenten oder Frohnen zu leisten, sondern: das Grundstück „zinst, frohnt" u. s. w.[63]) So stellt sich das seiner Natur nach persönliche Recht durch das Medium einer wissenschaftlich unhaltbaren, aber volksthümlichen Auffassung als ein dingliches dar, und als solches ist es im deutschen Rechtsleben immer behandelt worden; wer daher als angeblich Reallastberechtigter die fraglichen Leistungen vom Besitzer des Grundstückes beitreibt, oder in Empfang nimmt, der übt nach germanischer Anschauungsweise ein Recht an diesem Grundstücke aus. Auf das durch die thatsächliche Ausübung dieses Rechts zwischen dem Berechtigten einerseits und Grund und Insassen andrerseits begründete Verhältniß, in welchem man eine den Germanen eigenthümliche Art von Servituten (servitutes, quae in faciendo consistunt) zu sehen glaubte, wurden denn auch allgemein die Grundsätze des römischen Rechtes über den Quasibesitz angewendet.[64])

In das österreichische Recht ist mit dem Institut der Reallasten auch diese Auffassungsweise mit ihren juristischen Konsequenzen aufgenommen worden.[65]) Unter den „andern, auf fremdem Boden ausgeübten besonderen Rechten," deren das bürgerliche Gesetzbuch §. 1469 Erwähnung thut, sind die Reallasten zu verstehen, und es sind dieselben nach österreichischem Rechte, wie die Servituten, Gegenstand des Quasibesitzes und der Ersitzung. A. b. G. §. 1470.

4) Pfandrecht. Das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen[66]) (Hypothek, b. Gb. §. 448, 451) hat zu seinem Inhalt die Befugniß des berechtigten Gläubigers, sich aus dem Werthe der Pfandsache eventuell durch deren Veräußerung bezahlt zu machen; diese Befugniß

---

[63]) S. Heimbach a. a. O. S. 63 f.; vgl. die Urkunden bei Kraut, Grundriß, §. 132.

[64]) Vgl. Dunker, „über den Quasibesitz" a. a. O. S. 50, Bruns S. 341, Albrecht, Gew. §. 18 und die bei Randa, a. a. O. N. 38 zahlreich Angeff.

[65]) Doch erkannten die Verfasser des a. b. Gb., daß die Reallasten nicht, wie man früher fälschlich glaubte, als eine Abart der Servituten zu betrachten seien. Bg. Gb. §. 530. cf. §. 482, Unger I. S. 558, Randa, S. 256.

[66]) Mobilien-Pfandrecht ohne Besitz, wie es das R. Rt. kennt (L. 1. pr. D. pignor. act. 13. 7.) gibt es bekanntlich nach österr. Rt. in der Regel nicht. Bg. Gb. §. 451.

kann nur Einmal ausgeübt werden, und mit dieser Ausübung ist das Recht erloschen. Dasselbe läßt mithin seiner Natur nach keinen Besitz zu.[67]) Ob aber das Faustpfandrecht des Besitzes fähig sei,[68]) hängt wieder davon ab, ob es seinem Inhalte nach dauernde Ausübung zuläßt. Der Faustpfandgläubiger hat, wie der Hypothekargläubiger das eventuelle Veräußerungsrecht, er hat aber außerdem noch die Befugniß, die Sache bis zu einem gewissen Zeitpunkte zu detiniren; indem er letzteres thut, steht er allerdings zur Sache in einem dauernden physischen Verhältnisse (der Grundbedingung jedes, sowohl des Sach- als des Rechtsbesitzes), allein es fragt sich noch, ob dieses Verhältniß die thatsächliche Verwirklichung des Rechts in sich begreift, ob Detention der Pfandsache schon Ausübung des Pfandrechts ist.[69]) Dieß aber muß verneint werden, denn die Detentionsbefugniß ist zwar ein integrirender Bestandtheil des Faustpfandrechtes, sie erfüllt aber den Inhalt desselben so wenig, daß sie vielmehr dem andern Theil, dem Distraktionsrecht gegenüber als das Nebensächliche, Sekundäre[70]) erscheint. Lediglich dieser Eine, überdieß untergeordnete Zweig der im Pfandrecht enthaltenen Befugnisse aber kann stetig ausgeübt werden, das Faustpfandrecht als Ganzes ist damit nicht ausgeübt,[71]) und kann nicht

---

[67]) Bruns S. 479, Windscheid §. 163. Note 1, Unger I. S. 532. Note 81.

[68]) Ueber diese Frage wurde ehemals von den Kanonisten viel gestritten, heutzutage ist die im Text vertretene Ansicht die herrschende. (S. z. B. Sintenis Pfandr. §. 36.) — S. die ältere Literatur bei Glück XVIII. S. 195 f., die neueren gemeinrechtlichen und die — bezüglich der vorliegenden Frage stark divergirenden — österr. Schriftsteller s. bei Unger II. S. 268. N. 54, Randa, N. 15.

[69]) S. Unger I. S. 532. N. 81. Dagegen Arndts, a. a. O. S. 382 f.

[70]) Die Einräumung der Detention hat für den Pfandgläubigen lediglich die Bedeutung einer Garantie dafür, daß die Sache der eventuellen Verwerthung, auf die es ihm allein ankömmt, nicht gegen seinen Willen entzogen werden könne. — Pfandrecht an einer beweglichen Sache ist auch ohne Detention ganz wohl möglich, nicht aber ohne das Distraktionsrecht: dieses Letztere macht den spezifischen Charakter des heutigen Pfandrechts aus.

[71]) Dieß scheint Bruns zu übersehen, wenn er (Rt. d. B. S. 479, 480) sagt: „.... deshalb ist beim Faustpfand wieder ein Besitz möglich. Denn bei diesem ist mit dem Rechte auf den Werth der Sache zugleich ein dingliches Retentionsrecht verbunden, dieses aber läßt natürlich eine fortdauernde Ausübung und

anders als durch den Akt der pfandweisen Veräußerung der belasteten Sachen ausgeübt werden; daraus folgt nun aber, daß am pignus so wenig, als an der Hypothek Quasibesitz möglich ist.[72]) Es gibt also keine Tradition des Pfandrechts; wenn nach österreichischem Recht (§. 451) das Pfandrecht auf bewegliche Sachen in der Regel nur durch Tradition erworben werden kann, so ist diese Tradition nicht juris quasi traditio, sondern corporis traditio: nicht das Pfandrecht, sondern die Pfandsache wird übergeben, und wie bei der Eigenthumstradition die Hingabe der Sache die Form des Eigenthumsvertrags, so bildet dieselbe corporis traditio nach dem Willen der Kontrahenten hier die Form des Pfandvertrags. —

Das Ergebniß der vorstehenden Erörterung also ist, daß nebst den körperlichen Sachen auch Servituten und Reallasten nach österreichischem Recht Gegenstände einer Tradition sein können. Wenn nun aber die Tradition einerseits auf die genannten körperlichen Sachen und Rechte beschränkt ist, so ist sie doch andererseits — nach gemeinem Recht — auf alle diese Objekte gleichmäßig anwendbar; sie bildet die regelmäßige Form der Veräußerung derselben unter Lebenden.[73]) Für das österreichische Recht (und die meisten deutschen Partikularrechte) ergibt sich jedoch eine weit gehende Beschränkung des Wirkungskreises der Tradition durch das Institut der öffentlichen Bücher, in dessen Prinzip es liegt, durch einen bis zu einem gewissen Grad öffentlichen Akt hinsichtlich gewisser Klassen von Vermögens-Bestandtheilen den Privatakt der

---

somit auch einen Besitz zu." — Auch Windscheid meint den Umstand, daß die röm. Rechtsquellen Quasibesitz des Pfandrechts nicht kennen, mit historischen Gründen entschuldigen zu müssen. (Pand. §. 163. N. 2.; vgl. §. 154. N. 3.)

[72]) Ebenso für das österr. Recht Unger, a. a. O., Stubenrauch, III. S. 701, Pachmann, Verjährung S. 10, Zielonacki, Oesterr. Vierteljahresschr. IV. S. 106, Randa, S. 242, 243. Dagegen Arndts a. a. O. und die bei Randa N. 15 Angeff., welche sich namentlich auf den Wortlaut der §§. 1369 und 1483 stützen. In §. 1369 jedoch ist „Pfandbesitz" = Faustpfandrecht (Randa a. a. O.), und der §. 1483 spricht unzweifelhaft für die von uns vertretene Ansicht, indem er von „unterlassener Ausübung des Pfandrechts" auch da redet, wo „der Gläubiger das Pfand in Händen hat."

[73]) L. 1. § 2. D. S. P. R, L. 1. pr. D. quib. m. usufr., L. 25. §. 7. D. de usufr. cf. L. 11. §. 1. D. Publ. Doch können der jetzt herrschenden Ansicht zufolge Servituten auch durch formlosen Vertrag bestellt werden.

Tradition zu ersetzen, beziehungsweise auszuschließen. Nach österreichischem Recht sind demzufolge alle unbeweglichen Sachen von der Tradition in der Regel ausgeschlossen: die mit dem beiderseitigen Willen der Eigenthums-Uebertragung vorgenommene Besitzeinräumung kann das Eigenthumsrecht an einem Grundstück nicht begründen (§. 431), noch kann durch Quasitradition an demselben ein dingliches Recht bestellt werden (§. 481, 451). Nur dort, wo ein öffentliches Buch nicht besteht, oder das betreffende Immobile in demselben nicht eingetragen ist (§. 1468, 1470), tritt auch nach österreichischem Recht die Veräußerungsform der Tradition (resp. Quasitradition) bei Immobilien und dinglichen Rechten an solchen noch ein, und zwar auch für letztere (abweichend vom gemeinen Recht, Note 73) als nothwendige Form.

III.

Erfordernisse der Tradition. — Rechtsgrund.

Soll durch Tradition von Sachen (oder Rechten), welche ihrer Natur nach fähig sind tradirt zu werden, die entsprechende juristische Wirkung entstehen, so müssen die im Folgenden dargelegten Momente zusammentreffen.

A. Es ergibt sich zunächst schon aus der Qualität der Tradition als Rechtsgeschäft, daß solche Personen, welche Willens- und eben darum gänzlich handlungsunfähig sind,[1]) dieselbe ebensowenig als irgend eine andere juristische Handlung rechtsgiltig vorzunehmen im Stande sind; absolut unfähig zur Tradition sind daher Wahnsinnige,[2]) augenblicklich Sinnes-Verwirrte (§. 865, 1307), und Kinder[3])[4]) (§. 865,

[1]) S. die Darstellung bei Unger II. §. 76.

[2]) Hat ein habituell Wahnsinniger lichte Zwischenräume, so ist er für die Dauer derselben eben nicht wahnsinnig, also natürlich handlungsfähig; Intermissionis autem tempore furiosos . . venditiones et alios quoslibet contractus posse facere, non ambigitur. (L. 2. C. de contr. emt. 4, 38., cf. L. 6. C. de cura fur. 5, 70.) An diesem in der Natur der Sache liegenden Grundsatz muß auch nach österr. Rt. dann festgehalten werden, wenn der Betreffende nicht unter Kuratel steht (A. M. Nippel, Stubenrauch, bei Unger II. §. 76. N. 8 a). So lange derselbe jedoch unter Kuratel steht, gilt er für wahnsinnig und ist kraft einer praesumtio juris et de jure handlungsunfähig. Unger a. a. O., Zeiller III. S. 18.

[3]) Weder Besitz, noch dingliche Rechte können Kinder nach österr. Rt. selbst erwerben; nach gemeinem Recht ist ersteres (wegen L. 3. C. aqu. poss. cf. L. 1. §. 2. L. 32. §. 2. D. h. t.) bestritten. S. Windscheid I. §. 155. N. 13, Vangerow I. §. 204. A. 1; Savigny Bes. §. 21. Lenz, Bes. S. 158—168. — Durch besondere, positive Vorschrift (Auswand.-Pat. §. 10. und Milit. Strafges. §. 208. lit. a) sind diesen natürlich Willensunfähigen die unbefugt Ausgewanderten und Deserteure gleichgestellt.

[4]) Von den Meisten (auch noch Unger II. S. 26 und Windscheid I. §. 152) werden hier auch die juristischen Personen aufgeführt. Indessen dürfte der um den Begriff der jurist. Persönlichkeit in neuerer Zeit bekanntlich heiß genug geführte Kampf (s. die zahlreichen neueren Schriften bei Unger Erbrecht §. 7. N. 1—13) denn doch das Ergebniß haben, daß man davon abkommen wird, überall da, wo im Rechtssystem von der Person und ihrer Rechts-, Handlungsfähigkeit u. s. w. die

310). Rücksichtlich derjenigen Personen, denen eine beschränkte Handlungsfähigkeit zukommt, indem sie zwar fähig sind, durch ihre Handlungen Rechte zu erwerben, nicht aber solche aufzugeben, ist zu unterscheiden, ob sie in der Tradition als Geber oder als Nehmer auftreten. Ersterer allein gibt Rechte auf; da jede Tradition auf Seiten des Gebers zugleich Veräußerung ist, wird stets vollkommene Handlungsfähigkeit desselben erfordert. Der Nehmer dagegen braucht nur erwerbsfähig zu sein, denn er wird aus der Tradition, als einem einseitigen Vertrag, nur berechtigt, nie verpflichtet. Es können demnach zwar giltig empfangen, nicht aber tradiren: Unmündige,[5][6]) Minderjährige

Rede ist, die juristischen, gleichsam als eine besondere Klasse der Personen, mit aufzuführen. Mag man nun den Ausdruck „jur. Person" verwerfen, oder ihn als den durchaus „sachgemäßen Ausdruck für ein Vermögen, das in der That kein Rechtssubjekt hat" (Unger, Erbrecht §. 7. N. 13) beibehalten und vertheidigen: jedenfalls ist die Erörterung der Frage, ob die jur. Person auch „denken und wollen" könne, also handlungsfähig sei (Unger System II. S. 27) ebenso überflüßig, als die nach der etwaigen Heirathsfähigkeit eines solchen „selbstständigen Vermögens," welches wir jur. Person zu nennen übereingekommen sind.

[5]) Eine Ausnahme hievon ist es nicht, daß nach österr. Rt. (vgl. Unger a. a. O. N. 25) der Unmündige unter Umständen (§. 1421, 1433) giltig zahlen kann. Hat ein Unmündiger (und dasselbe gilt für den Minderjährigen rücksichtlich der Theile seines Vermögens, worüber ihm die Verwaltung nicht zusteht, §. 151, 246) seinem Gläubiger zur Bezahlung „einer richtigen und verfallenen Schuld" eine Geldsumme tradirt, oder eine Sache in solutum gegeben, so wird der Empfänger nicht Eigenthümer derselben; gleichwohl aber ist die Schuld getilgt, der Akt ist als Tradition nichtig, als Solution giltig, was durchaus keinen Widerspruch enthält; denn giltige Zahlung (das „rechtmäßige Abtragen" des §. 1421) setzt keineswegs voraus, daß die gezahlte Sache in's Eigenthum des Gläubigers gebracht wird (wie Zeiller III. S. 126 irrig anzunehmen scheint), sondern lediglich, daß dieselbe in's Vermögen des Gläubigers übergeht, ohne demselben aus einem Grund, für den der Schuldner haften muß, wieder entrissen werden zu können. Quoties id, quod tibi debeam ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio. (L. 61. D. solut. 46, 3.) Daß aber dieses repetere posse in unserem Fall nicht Statt haben kann, dafür sorgt §. 1421 fin., und das gemeine Recht durch die exceptio doli. Vgl. Pr. L.-Rt. I. 16. §. 41. — Wie das Eigenthum, kann der Unmündige selbstverständlich auch den bloßen Besitz traditione erwerben (§. 310), doch kann er denselben solo animo nicht verlieren. (L. 29. D. poss. L. 11. D. domin., es war dieß eine Streitfrage der Juristenschulen.) Unger a. a. O. N. 16, 17.

[6]) Gerade umgekehrt verhält es sich mit einer an den Unmündigen geschehenen

vorbehaltlich jener Vermögensobjekte, worüber ihnen nach §. 151, 246 freie Verfügung zuſteht (§. 244), erklärte Verſchwender (§. 21, 273, 865), zur Todes- oder ſchwerer Kerkerſtrafe verurtheilte Verbrecher (Strafgeſetzb. §. 27. lit. b.)[7]) und Cridatare (nach Maßgabe der Concurs-Og. v. 18. Juli 1853, §. 62, und Geſ. v. 17. Dezember 1862, §. 14.)

Die mangelnde Handlungsfähigkeit dieſer Perſonen kann für die Tradition, wie für andere Rechtsgeſchäfte durch materielle Mitwirkung oder Stellvertretung[8]) ſeitens dazu berufener[9]) dritter Perſonen ergänzt, resp. erſetzt werden; dort iſt die vom beſchränkt Handlungsfähigen vorgenommene Tradition vermöge jener Mitwirkung ſo anzuſehen, als wäre ſie von einem vollkommen Handlungsfähigen ausgegangen — hier gilt die Handlung des Stellvertreters juriſtiſch als die des Vertretenen: in beiden Fällen iſt die Tradition kraft einer, faſt in allen Theilen des Privatrechts wiederkehrenden Fiktion, als unter vollkommen fähigen Kontrahenten abgeſchloſſen zu behandeln.

Durch eine ähnliche Fiktion geſchieht es, daß eine giltige Tradition mit allen ihren Wirkungen auch da möglich iſt, wo es an einem Tradenten, oder Empfänger, ja auch an beiden gänzlich fehlt. Es iſt dieß der Fall, wenn eine Sache aus dem Bereich eines vom Recht zur

Zahlung: durch dieſelbe wird der Schuldner keineswegs unbedingt liberirt (§. 1424), der Empfänger jedoch wird Eigenthümer der gegebenen Sache; der Akt des Schuldners iſt alſo als Zahlung (unter Umſtänden ganz oder theilweiſe) nichtig, als Tradition aber ſtets giltig.

[7]) Daß die Unfähigkeit des Verbrechers „ein für ihn verbindliches Geſchäft zu ſchließen“ ſich nicht nur auf obligatoriſche Verträge, ſondern auch auf die Tradition bezieht, liegt wohl im Sinn des Geſetzes; denn es wäre offenbare Inkonſequenz, einen obligat. Schenkungsvertrag des Verurtheilten als nichtig anzuſehen, und ihn gleichwohl Handgeſchenke giltig vornehmen zu laſſen.

[8]) Es gilt für die Tradition, was für Rechtsgeſchäfte Handlungs-Unfähiger und deren Wirkſamkeit vermöge Intervention gewiſſer anderer Perſonen überhaupt gilt. Vgl. namentlich Savigny, Syſtem III. §. 113, Obl. Rt. II. S. 21—88, Unger II. §. 90, Ihering, Jahrb. f. Dogm. I. Nro. 7.

[9]) Dieß ſind der Vater, der Vormund, der Kurator, der Conc.-Maſſaverwalter (§. 149, 244, 865, 269, 282, Allgem. Conc.-Og. §. 7) mit oder ohne Zuſtimmung der obervormundſchaftlichen Behörde. (z. B. §. 232.) Durch Intervention einer anderen geſetzlich nicht dazu autoriſirten Perſon als Stellvertreter kann eine giltige Tradition für den Handlungsunfähigen nicht vorgenommen werden.

juristischen Person erhobenen Vermögenskomplexes durch eine dazu autorisirte Person tradirt, und dadurch in das Vermögen des Empfängers, oder in eine andere rechtlich selbstständige Vermögensmasse, deren juristisches Organ der Empfänger ist, gebracht wird.

B. Als Vertrag setzt die Tradition bei den Kontrahenten das Vorhandensein des entsprechenden konkreten Willens [10]) (consensus) voraus, beim Empfänger also die Absicht, das Eigenthum an der betreffenden Sache, oder dasjenige dingliche Recht, welches der Geber bestellen will, zu erwerben, [11]) beim Geber, dieses Recht zu übertragen.

Dieser Wille des Gebers kann auf eine bestimmte Person (als Empfänger) fixirt sein: dann kann nur an diese die Tradition giltig vor sich gehen; [12]) allein dieß ist weder nothwendig, noch regelmäßig der Fall. Der Traditionswille involvirt zwar wesentlich die Vorstellung eines gegenüberstehenden Subjekts, zu Gunsten dessen Besitz und Eigenthum aufgegeben wird, (das unterscheidet ihn vom animus derelinquendi), [13]) allein dieses Subjekt braucht keineswegs individuell bestimmt zu sein; es kann der Geber einen kleineren oder größeren Kreis von Personen in seinen animus tradendi einschließen, [14]) ja es genügt, wenn

---

[10]) §. 40. J. de rer. div. (*Theoph.* ad h. §.) L. 55. D. O. et A., L. 9. §. 3. D. de jure dotium. L. 10. D. de donat. — Dasein und Rechtswirksamkeit dieses Willens hängt nicht davon ab, ob die Partheien auch die subjektive Ueberzeugung von der rechtlichen Möglichkeit seiner Realisirung haben. L. 9. §. 4. D. de jur. et f. ignor. 22, 6. L. 4. §. 1. D. manumiss. vind. 40, 2., §. 11. J. de legatis, 2, 20.. Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. S. unten Kap. VII. Scheurl, Beitr. I. 8. S. 214, Ihering, Jahrb. f. Dogm. II. S. 155 f.

[11]) Ueber den Fall, da der Geber das Eigenthum verleihen, der Nehmer jedoch nur ein jus in re an der tradirten Sache erwerben will, s. unten Kap. VII. N. 30—33, und Text dazu.

[12]) L. 37. §. 6. D. aqu. dom., L. 13. D. de donat. 39, 5, L. 43. §. 1. D. de furtis. Das Nähere unten Kap. VII. N. 83—88. — Ueber mehrere singuläre Ausnahmen nach R.-Rt. s. Ihering, Jahrb. f. Dogm. I. S. 158 f., Arndts §. 145. A. 3.

[13]) S. oben I. S. 12 f.

[14]) Es wird also z. B., wenn ein Kriegsoberst unter seine Soldaten Geldstücke auswirft, jeder derselben Eigenthümer des von ihm Ergriffenen, keineswegs aber der Nichtsoldat, oder fremde Soldat, der sich etwa auch unter die Empfangenden gemischt hat. Pagenstecher II. S. 203.

derſelbe die Sache in der Abſicht[15]) hingegeben hat, daß irgend Jemand durch Beſitzergreifung das Eigenthum daran erwerbe. Letzteres iſt z. B. der Fall, wo einer Perſon tradirt wird, von der der Geber weiß, daß ſie, aber nicht für wen ſie als Stellvertreter handelt; ebenſo beim ſ. g. jactus missilium.[16]) —

In ähnlicher Weiſe kann der Wille des Gebers oder des Nehmers rückſichtlich der zu übernehmenden Sache gleich von vornherein auf eine beſtimmte Spezies gehen, oder aber vorläufig einen größeren Kreis von Sach-Individuen umfaſſen; im letzteren Fall wird erſt durch den Vollzug der Tradition klar, welche individuell beſtimmte Sache den unmittelbaren Vertragsgegenſtand bildet. Eines neuerlichen, ſpeziellen Konſenſes auf dieſe letztere jedoch bedarf es nun nicht mehr, da in dem Willen, eine Sache der bezeichneten Art zu tradiren, oder zu erhalten, jener Konſens von Anfang an mitenthalten war.[17]) Wenn daher Jemand z. B. beim Buchhändler „einen einbändigen engliſchen Roman der Tauchnitzausgabe" beſtellte, wird er Eigenthümer des ihm zugeſendeten Werkes, ſollte er auch weder von der geſchehenen Zuſendung, noch von der Spezialität des Zugeſendeten Kenntniß haben.[18]) Und wenn ich Jemand erlaube, in meinen Garten zu gehen und ſich daſelbſt einen Korb voll beliebiger Früchte zu pflücken, ſo wird dieſer ſofort Eigenthümer der

---

[15]) D. h. wenn dieß das Motiv war, das ihn in erſter Linie bewog, den Beſitz aufzugeben. War ihm jedoch zunächſt darum zu thun, die Sache los zu werden — wenn auch mit dem Wunſche, es möchte ein Anderer die ihm nutzloſe Sache ſich zu Nutze machen — ſo hat er derelinquirt. Vgl. oben I. S. 13, 14.

[16]) §. 46. J. de rer. div., L. 9. §. 7. D. aqu. dom., Scheurl, Beitr. I. S. 205 f., Schmid, Hdb. I. §. 78., A. M. Göſchen, Vorleſ. II. S. 169 f., S. oben I. S. 15 f.

[17]) Dieß iſt m. E. außer Zweifel geſetzt durch die treffende Ausführung von Scheurl, Beiträge S. 215—218, welche jedoch nur den Fall der obigen Willensunbeſtimmtheit auf Seiten des Nehmers in's Auge faßt.

[18]) Denn es genügt, „wenn die beſtimmte einzelne Sache, welche durch den Vollzug der Tradition in meine Gewalt kommt, jetzt als die von mir gewollte erſcheint, mag auch die urſprüngliche Richtung meines Beſitzwillens hinſichtlich des Gegenſtands eine noch ſo unbeſtimmte geweſen ſein." Scheurl a. a. O. Seite 217.

ergriffenen Stücke, auch wenn ich nie erfahre, welche Gattung und Spezies er gewählt.[19])

Der Uebertragungs- resp. Erwerbswille braucht nicht ausdrücklich erklärt zu ſein,[20]) wenn derſelbe nur vom anderen Kontrahenten aus den Umſtänden geſchloſſen werden kann[21]) und geſchloſſen wird; fehlt

---

[19]) Denn wie auf Seiten des Nehmers, ſo genügt es auch auf Seiten des Gebers, daß die von jenem ergriffenen Stücke, jetzt als von dieſem gewollt und gegeben erſcheinen.

[20]) Die Form des Vertrags iſt durch den Akt der Beſitzübergabe vollſtändig erfüllt, ohne daß es irgendwelcher mündlicher oder ſchriftlicher Erklärung weiter bedarf; eine ſolche findet auch im täglichen Verkehr regelmäßig nicht ſtatt, daher es in ſtreitigen Fällen für die Frage nach dem Vorhandenſein dieſes Willens häufig auf Umſtände ankommt, die außerhalb des dinglichen Vertrags ſelbſt liegen; ſo namentlich auf die Natur etwaiger obligatoriſcher Rechtsgeſchäfte, wenn und wo ſolche mit der vorliegenden Tradition im Zuſammenhang ſtehen. Siehe unten S. 78 f.

[21]) Der Wille der Partheien kann in gewiſſen äußerlich wahrnehmbaren Bezeichnungen der Sache ſelbſt (Aufdrücken des Siegels, Einbrennen, Graviren, oder Einhacken des Namenszugs des Empfängers u. ſ. w.) ſeinen plaſtiſchen Ausdruck finden. (§. 427 fin., 315, 452, daß darin nicht nothwendig ſymboliſche Tradition liegt, ſ. unten VI. Note 58 f.) Solche Zeichen haben juriſtiſche Bedeutung nur inſofern und wenn ſie den Eigenthums-Beſtellungswillen manifeſtiren; ob dieß aber der Fall ſei, bleibt ſtets quaestio facti. Daraus erklären ſich L. 1. §. 2. D. de periculo et commodo. r. v. und L. 14. §. 1. D. eod.: „Si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri: Labeo contra. Quod et verum est, magis enim ne summutetur signari solere, quam ut tradi tum (traditum) videatur.“ — „Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.“ — Bei gekauften Weinfäſſern nämlich iſt eher anzunehmen (magis ... solere), daß das Aufdrücken des Siegels in der Abſicht geſchehe, um das Unterſchieben anderer Waare bei der ſeinerzeit vorzunehmenden Tradition zu verhindern, als um den ſofortigen Eigenthumsübergang zu konſtatiren. Anders bei Bauholz, wo ein ſolches summutare weniger zu befürchten und daher dem signare im Zweifel eher der andere Sinn unterzulegen iſt. — Savigny, Beſ. §. 16 legt hier wohl mit Unrecht alles Gewicht darauf, daß Wein in der Regel verſchloſſen, Bauholz unverſchloſſen aufbewahrt wird, und im erſtern Fall daher die Uebergabe der Schlüſſel hätte erfolgen müſſen (L. 1. §. 21. D. possess.), um die Tradition zu vollziehen. Allein den entſprechenden Willen des Verkäufers vorausgeſetzt, hätte das Weinfaß an den im Keller gegenwärtigen Käufer ohne Zweifel auch ohne Uebergabe der Kellerſchlüſſel tradirt werden können. — S. auch Treitſchke, der Kaufkontrakt, 2te Aufl. (1865) S. 237.

es jedoch an demselben, so kann eine giltige Tradition nach österreichischem Recht in der Regel[22]) nicht zu Stande kommen, sei es auch, daß scheinbar vollkommene Willensübereinstimmung vorläge. Ein solcher Schein kann in dreifacher Weise entstehen: entweder die Parteien nehmen die Tradition absichtlich nur zum Schein vor (Simulation), oder es waltet unter ihnen ein Mißverständniß (§. 869) ob, indem zwar Jeder seinen wahren Willen erklärt, dabei aber die gegnerische Erklärung so mißdeutet, als wäre sie der seinigen entsprechend, oder endlich es gibt der eine Kontrahent seinem divergirenden Willen einen in der Art falschen Ausdruck, daß lediglich Uebereinstimmung der Erklärungen vorliegt, wo Uebereinstimmung der Willen vorzuliegen scheint, (wesentlicher Irrthum). Hierüber stellt das österreichische Recht theilweise vom gemeinen Recht (nicht zum Vortheil der Sache) abweichende Grundsätze auf, und es sollen dieselben in Kap. VII. besonders entwickelt werden. Für den Fall der Simulation[23]) jedoch gelten nach österreichischem Rechte die gemeinrechtlichen Grundsätze (b. Gb. §. 916, L. 2. C. plus valere, 4, 22, acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt): wollten die Simulanten in Wahrheit gar nicht tradiren, so ist der Akt als Tradition durchaus nichtig,[24]) und der scheinbare Tradent bleibt Besitzer; ging ihr Wille auf ein anderes, durch die Traditionsform mögliches Geschäft als das simulirte[25]) — z. B. sie simulirten Eigenthumsübertragung, wollten aber in Wahrheit nur Faustpfandbestellung, oder umgekehrt, — so gilt jenes, wenn ihm sonst kein rechtliches Hinderniß im Wege steht.[26])

---

[22]) Die (dem gemeinen Recht durchaus fremden) Ausnahmen bestehen darin, daß nach österr. Rt. in gewissen Fällen (Irrthum) der in der That fehlende Wille fingirt, und die Tradition trotzdem als giltig betrachtet, in andern Fällen (Zwang, dolus causam dans) der vorhandene Wille als fehlend betrachtet, und die Tradition als nichtig behandelt wird.

[23]) Savigny III. §. 134, Unger II. §. 88.

[24]) Vgl. L. 54. D. O. et Act., L. 4. §. 5. D. in diem add. 18, 2., L. 55. D. contr. emt. L. 1. C. donat. ante nupt. 5, 3.

[25]) Vgl. L. 36, 38. D. contr. emt., L. 14. pr. D. in diem add., L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. D. don. int. v. et ux. 24, 1., L. 3. C. contr. emt. 4, 38. — B. Gb. §. 1071.

[26]) Sollten andere Personen die Träger des Rechtsverhältnisses sein, als die, auf welche die Erklärung der Tradenten lautete, so liegt ein (hier dritten gegenüber

Sowohl der Wille des Gebers, als der des Empfängers kann unter einer Bedingung oder Befriſtung erklärt ſein: dann iſt die ſo beſchränkte Tradition nach den über bedingte und betagte Rechtsgeſchäfte unter Lebenden überhaupt geltenden Grundſätzen zu beurtheilen.[27]) Dieß gilt insbeſondere auch von der bei Traditionen aus entgeltlichen Geſchäften häufig vorkommenden Klauſel, daß der Nehmer erſt nach erfolgter Leiſtung des Entgelts Eigenthümer werden[28]) — oder daß derſelbe zwar ſofort das Eigenthum erhalten, es aber wieder einbüßen ſoll, wenn innerhalb einer beſtimmten Zeit die Gegenleiſtung nicht (ganz oder theilweiſe) erfolgt iſt.[29])

---

verheimlichtes) Stellvertretungs-Verhältniß vor, und die Tradition wirkt für und gegen die Repräſentirten nach den Grundſätzen von der Stellvertretung. Siehe unten Kap. V.

[27]) L. 38. §. 1. D. aqu. possess., Savigny, Syſt. III. §. 116—124, Rt. d. Beſ. §. 19., Unger II. §. 82, 83., Vangerow I. S. 145 f., Böcking Inſtit. II. §. 156, W. Sell, über bedingte Traditionen 1839 (dazu die ſcharfe und anregende Rezenſion von Ihering in Richters krit. Jahrb. Jahrgang XI. S. 865 f.), Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung (1856) S. 62 f., derſelbe in der Zeitſchr. f. das geſ. Handelsrecht II. S. 255 f. — Was die Befriſtung betrifft, ſo wird von einigen Schriftſtellern aus verſchiedenen Gründen die für das heutige Recht gewiß unhaltbare (Windſcheid I. §. 96. N. 6.) Behauptung aufgeſtellt, daß der einer Eigenthums-Tradition beigefügte dies ad quem nicht unmittelbaren Rückfall des Eigenthums, ſondern lediglich eine Obligation auf ſpätere Rückübertragung desſelben erzeuge. So Girtanner, Jahrb. f. Dogm. III. S. 88 f. (weil das Eigenthum ſeiner Natur nach, als ein weſentlich auf die Dauer eingerichtetes Rechtsverhältniß, derlei zeitliche Beſchränkung nicht vertrage), Böcking, a. a. O. S. 181 (da der Tradent „ohne neuen Erwerbsgrund nicht wieder Eigenthümer der übertragenen Sache werden“ könne) und Sintenis, Civilrecht I. S. 409. N. 9. Vgl. einerſeits L. 2. C. de donat. quae sub modo (8, 55). Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accipit, ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quae ei imposita est, conservanda. Andererſeits: Vat. Fragm. §. 283 .... donatio irrita est, cum ad tempus (ad te?) proprietas transferri nequiverit. — Ueber betagte Beſtellung von jura in re aliena, Böcking, a. a. O. N. 25.

[28]) Nach beſonderer Beſtimmung wird dieſe Klauſel beim Kauf auf Probe ſubintelligirt. B. Gb. §. 1080, 1081.

[29]) Man hat viel darüber geſtritten, welche von dieſen beiden Formeln den Inhalt des ſ. g. pactum reservati dominii bilde. M. E. mit vollem Recht ſagt hierüber ein bei Seuffert, Arch. VI. 146 mitgetheiltes Urtheil: „Es iſt unſtatt-

C. Soll die Tradition rechtswirkſam ſein, ſo muß der Geber, d. h. derjenige, welcher juriſtiſch als Tradent zu betrachten iſt,[30]) im Augenblick der Uebergabe Eigenthümer[31]) der betreffenden Sache ſein, da Verfügungen über die Rechtsſphäre eines Andern in der Regel rechtlich unmöglich ſind.[32]) Doch erleidet dieſer allgemeine Grundſatz[33]) (ſo weit derſelbe die Traditionslehre berührt) rückſichtlich der Uebergabe beweglicher Sachen weitgreifende Ausnahmen durch die theilweiſe in älteren deutſchen Rechtsanſchauungen wurzelnden Beſtimmungen der §§. 367, 456, 824.

Das germaniſche Recht[34]) geſteht nämlich eine dingliche Klage zur

---

haft, hierüber vom rein abſtrakten Standpunkt aus eine allgemeine Regel feſtzuſtellen. Vielmehr iſt in jedem gegebenen Fall zu unterſuchen, wie der Vertrag abgeſchloſſen worden iſt.“ Die Literatur dieſes unfruchtbaren Streites ſ. bei Glück XVI. S. 229 f., Vangerow I. §. 311. A. 2.

[30]) Dieß iſt im Fall einer Stellvertretung ſtets derjenige, für welchen gehandelt wird (der Prinzipal).

[31]) Daß er auch Beſitzer ſei, iſt keineswegs erforderlich (unrichtig: Schönemann, Servituten S. 52) wenn nur der Beſitzergreifung des Nehmers nichts im Wege ſteht; unten Note 87. L. 21. §. 1. D. aqu. domin.

[32]) §. 442 fin., 423. L. 20. pr. D. aqu. r. dom. Traditio nihil amplius transferre debet vel potest, quam est apud eum, qui tradit.

[33]) Eine Ausnahme von dieſem Grundſatz bildet auch das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers (L. 46. D. domin., §. 1. J. quib. alien. licet), welcher keineswegs (wie Glück VIII. S. 110 u. A. meinen) als Prokurator des Eigenthümers auftritt (vgl. Gajus II. 64), ſondern ein ſelbſtſtändiges Recht auf den Verkaufswerth der Sache hat, kraft deſſen er befugt iſt, auch gegen den Willen des Eigenthümers zu verkaufen und zu tradiren. S. Windſcheid §. 172, 237. N. 17, Bachofen, Ausgew. L. Nro. 7. — Für das öſterr. Rt. iſt dieſer Fall nicht von ſelbſtſtändiger Bedeutung, da die verkaufsweiſe Tradition des Pfandgläubigers ohnehin unter die Grundſätze des §. 367 fällt.

[34]) Vgl. zu dem Folgenden namentlich Albrecht, die Gewere (1828), Homeyer, Syſtem des ſächſ. Lehen-Rts., Budde, Diss. de Vindicatione rerum mobilium germanica, Bonn 1837, Renaud, krit. Zeitſchr. für Rechtswiſſenſchaft des Auslandes Bd. XVII. S. 137 f., Sandhaas, Germaniſtiſche Abhandlungen, Nro. II., Gerber, Syſt. §. 102, Derſelbe in Linde's Zeitſchr. n. f. XI. S. 1—55, Delbrück, Zeitſchr. f. deutſch. Rt. XIV. S. 207 f., Stobbe, bei Erſch und Gruber, Art. „Gewere“ S. 428—488, Goldſchmidt, Ueber den Erwerb dinglicher Rechte vom Nichteigenthümer u. ſ. w. (Abdruck aus deſſen Zeitſchr. f. Handelsrecht, Bd. VIII. und IX.) 1865; Rückert, Unterſuchungen über das

Verfolgung von Mobilien nur demjenigen zu, aus deſſen Detention die Sache ohne ſeinen Willen gekommen iſt;[35]) die Klage ſelbſt (anevang)[36]) hat inſofern einen ſtrafrechtlichen Charakter, als ſie gegen den Beklagten regelmäßig die Beſchuldigung des dieblichen Habens der Sache involvirt,[37])

Sachenrecht der Rechtsbücher 1860. §. 12; Stein, Unterſ. über das Sachenrecht, 1857, Pratobevera, in deſſen Materialien Bd. IV. S. 325—336. Ueber die dingl. Klage auch Eichhorn, Staats- und Rechtsgeſchichte I. S. 349 f., Dunker, Zeitſchr. f. deutſch. Rt. II. S. 181 f., Cropp in Hudtwalker und Trummer's Criminaliſtiſchen Beiträgen II. S. 16 f., Bruns, Recht des Beſ. S. 311—319. Siegel, deutſch. Gerichtsverfahren, S. 42, 86, 252 f., und jetzt auch Sohm, Prozeß d. L. Salica, S. 55—121.

[35]) Als Hauptfall gehört hieher die diebliche oder raubliche Entwendung, Sachſenſp. II. 36, Augsbg. Statut (Walch) IV. 134 (zahlreiche ähnliche Stellen ſ. bei Kraut, Grundriß des deutſch. Privatrechts, §. 102), ferner das Finden einer verlornen (Sſp. II. 37. §. 1.) oder vom Waſſer abgeſchwemmten (II. 29 ib.), das Erbeuten einer dem Eigenthümer von Räubern entriſſenen Sache (Sſp. II. 37. §. 1.). — Rückert S. 213 f. will die dingliche Klage dem Eigenthümer auch dann erhalten wiſſen, wenn ſich die freiwillig hergegebene Sache noch im Beſitz des Empfängers oder deſſen Erben befindet, die „vorderunge uffe den, dem her sie leich oder versaczte“ (Sſp. II. 60) ſoll der anevang ſein (? vgl. verm. Sſp. IV. 42, 5.)

[36]) Beſtritten iſt, ob der anevang die einzige dingliche Klage des deutſchen Rechts war, wie Albrecht S. 85 meint (namentlich geſtützt auf Schleſ. L.-Rt. IV. 13, 11), und wie ſich dazu die „ſlechte Klage“ des Richtſt. L.-Rts. c. 11. und die „vorderunge“ (Sſp. II. 60, Schleſ. L.-Rt. IV. 13, 13 und A.) verhalte. S. darüber Budde S. 71 f., Gerber, S. 30, Delbrück, S. 246 f., Rückert S. 214. — Ungewiß iſt es ferner, ob der anevang lediglich bei geſtohlenen und geraubten Sachen (Verm. Sſp. Ortl. IV. 42. d. 1., Goslar. Statut Z. 15, Göſchen S. 98, Freiburg. Stadtprivil. v. 1120, §. 32: Nemo rem sibi quoquo modo sublatam vendicare poterit, nisi juramento probaverit, sibi furto vel preda sublatam), oder in allen Fällen, wo Vindikation überhaupt zuläßig iſt, ſtattfand (Ssp. III. 89 verb.: anevangen mag man ez wol undez ime beklagen . . . III. 6. §. 1. II. 29, 37. §. 1 ib., Richtſt. L.-Rts. 12.) oder endlich, ob er, urſprünglich auf die Fälle der erſten Art beſchränkt, allmälig auch auf die letzteren ausgedehnt wurde. Renaud S. 147, Gerber S. 27, Delbrück S. 248 f.

[37]) Von dieſem Vorwurf muß ſich der Beklagte durch Heranziehung ſeines Geweren, eventuell durch Eid reinigen, widrigenfalls er die Sache mit Buße und Wette verliert, Sſp. II. 36. §. 5. wirt aber ime bruch an deme geweren, her muz daz gut mit buze und gewette lazen; und zihet man in roubes oder dube daran, dez muz her sich entschuldigen nah rechte. Vgl. II. 29, III. 89 ib. Umgekehrt fällt der Kläger in Buße und Wette, wenn er mit der Klage nicht durchbringt. Sſp. II. 36. §. 5. fin., Albrecht S. 85, Budde S. 65, Sohm, S. 107 f.

allein ſie iſt (in der Ausbildung, wie ſie die Rechtsbücher des Mittelalters enthalten) zugleich weſentlich Civilklage: ſie geht nicht nur gegen den Dieb u. ſ. w., ſondern gegen jeden Beſitzer der geſtohlenen, geraubten, verlorenen Sache, und der Sieg des Klägers hat zur Folge, daß ihm dieſelbe reſtituirt werden muß,[38]) wenn auch der Beklagte ſeine Unſchuld darzuthun im Stande iſt. — Wenn aber der Eigenthümer ſeine Sache ſelbſt uz sinen geweren let mit sime willen,[39]) ſo fehlt es ihm an jeder dinglichen Klage, um ſich wieder in den Beſitz derſelben zu ſetzen; wie immer die Sache aus der Hand des erſten Empfängers dann in den Beſitz Dritter gekommen ſein möge, dem urſprünglichen Beſitzer gegenüber iſt dieſelbe niemals Raubgut,[40]) kann von ihm alſo nicht mit anevang verfolgt werden; er iſt auf die perſön-

[38]) Dieß iſt allgemein anerkannt und vielfach von den Quellen ausgeſprochen. (ſ. die Stellen bei **Albrecht** S. 84 und Sſp. II. 36. §. 4: Spricht aber jener her habe ez gekouft uf deme gemeinen markte, her en wizze wider wen, so ist her der dube **unschuldic**. Sine phennige verluset her aber, die her darumbe gab, und **jene behelt sin gut**, daz ime verstolen.) Demnach iſt der anevang unzweifelhaft **dingliche** Klage (der herre mag wol klager sein umb das gut, **wo er das findet**. Magdeburger Schöffenurtheil bei **Rückert** S. 213), aber er iſt darum nichts deſto weniger zugleich Deliktsklage (**Sohm**, S. 64, 116. **A. M. Goldſchmidt** S. 27), oder beſſer: er iſt eine Combination beider Klagen: der Beſitzer kann vom Delikt freigeſprochen und dennoch zur Reſtitution verurtheilt werden. Ssp. l. c.; letzteres aber nur dann, wenn doch **objektiv** das Delikt (rechtswidriger Entgang der Sache aus dem Beſitz des Klägers) vorliegt.

[39]) Sſp. II. 60. §. 1. S. zahlreiche Parallelſtellen bei **Kraut** a. a. O. Eine Sache gilt jedoch nicht als aus der Gewere gelaſſen, wenn ſie einem Knecht anheimgegeben iſt; kommt ſie durch dieſen in dritte Hand, ſo hat der Herr die dingliche Klage, Sſp. III. 6. §. 1, **Albrecht** S. 84. N. 191, **Stobbe** S. 439, nach dem Kl. Kaiſerrecht (II. 29.) jedoch nur dann, wenn der Knecht nicht zugleich als Verwalter beſtellt iſt. **Goſen**, das Privatrecht nach dem Kl. Kaiſerrecht (1866) Seite 72.

[40]) Wohl aber möglicherweiſe einem der folgenden Beſitzer gegenüber; wenn A ſeine Sache an B leiht, und ſie dieſem geſtohlen wird, ſo hat B den anevang gegen jeden Beſitzer der geſtohlenen Sache, A lediglich eine Contraktsklage gegen B. Schwabenſp. 181 ist daz mir ein guot verstolen wird, daz min niht ist, da sol ich der klager umbe sin. Derſelbe Grundſatz findet ſich ſchon in den Leg. Liutprandi VI. 78 (131). — Die Conſtruktion dieſes Klagerechts iſt beſtritten, vgl. **Gerber** S. 27, **Delbrück** S. 223, **Stobbe** S. 439. N. 50.

lichen Rechtsmittel gegen den, der ihm für den Verluſt verantwortlich iſt, beſchränkt.[41])

Dieſer Rechtsſatz hat ſich dem römiſchen Recht mit ſeiner durchgreifenden Vindikation (ubi rem meam invenio, ibi vindico) gegenüber, partikularrechtlich erhalten[42]) und wurde in die Rechtsparömie[43]) „Hand muß Hand wahren" gefaßt.

Weſentlich begünſtigt wurde dieſe Erhaltung durch Geſichtspunkte durchaus moderner Art; während nämlich die oben bezeichnete Beſchränk-

---

[41]) jene, die sie verligen oder versazt hat, der en mac da nicheine vorderunge uf haben, ane uffe den, deme her sie leich oder versaczte. Sſp. l. c. (Oberdeutſcher Text nach der Leipz. H.-S. ed. Weiske). — So unbeſtritten dieſer Satz an ſich h. z. T. iſt, ſo wenig iſt man darüber einig, welche Conſequenzen ſich daraus für die Geſtalt des ältern deutſchen Sachenrechts überhaupt, und insbeſondere für die rechtliche Natur der Gewere ergeben: Albrecht (ihm folgen im Weſentlichen Gaupp, Zeitſchr. f. d. Rt. I. S. 86 f. und Budde) gelangt gerade von unſerem Rechtsſatz aus zu ſeinem Begriff der juriſtiſchen Gewere, als welche bei dem wider ſeinen Willen Verlierenden zurückbleiben und die dingliche Klage für ihn begründen ſoll, Sandhaas zur prinzipiellen Identifizirung von Beſitz und dinglichem Recht; Delbrück findet darin den Beweis dafür, daß Gewere nichts anders ſei, als der gegenwärtige oder „frühere Beſitz" inſofern er Grund des Vorzugs im Beweis iſt; wogegen Stobbe die Unmöglichkeit an Mobilien ohne Detention Gewere zu haben behauptet, und dem Depoſitar, Commodatar u. ſ. w. dingliche Berechtigung zur Sache zuſchreibt; nach Gerber endlich ſind die Sätze des Sſp. II. 60 für die Frage nach der Gewere überhaupt irrelevant, die Klage des Beſtohlenen u. ſ. w. beruht nicht auf deſſen Gewere, verfolgt auch zunächſt gar nicht ein dingliches Recht, (?) ſondern die rechtswidrige Vermögensverletzung. Vgl. auch Rückert §. 10.

[42]) Doch kommen einzelne Modifikationen zu Gunſten des Eigenthümers ſchon früh vor; namentlich die, daß derſelbe ſeine Sache von jedem dritten gegen Erſtattung der demſelben erwachſenen Koſten zurückfordern darf, was namentlich da von Bedeutung iſt, wo der dritte die Sache titulo gratuito in Händen hat. (Albrecht S. 95, Alt. Lüb. Rt. II. 194, bei Kraut §. 102. N. 33, Revid. Lüb. Rt. III. 2, 1.) Im Weſentlichen dieſelben Beſtimmungen, die einen Mittelweg zwiſchen dem römiſchen und dem deutſchen Prinzip ſuchen, hat das Pr. L.-Rt. (I. 15. §. 24—26, 44) und der Code civil. (a. 2280) aufgenommen.

[43]) Hamb. L.-Rt. a. 64, Revid. Lüb. Rt. III. 2. 1. Die Entſtehung des Sprichworts wird allgemein in nicht ſehr frühe Zeit geſetzt; Albrecht (S. 88) findet es zuerſt im XIV. Jahrht., Renaud (S. 144) gar erſt im XVI. Jahrht. gebraucht; ſ. aber die XXIV Frieſ. Land-Rte. (bei Kraut a. a. O. N. 29) aus dem XIII. Jahrhundert: „wente hant sal hant waren".

ung der Mobilienvindikation des älteren Rechts lediglich eine innere Konſequenz der Prinzipien iſt, die das ganze germaniſche Sachenrecht beherrſchen, wurde dieſelbe in ſpäterer Zeit, als die Grundſätze des römiſchen Rechts im Ganzen bereits die herrſchenden waren, in bewußtem Gegenſatz zu dieſen, als Anomalie, aufrecht erhalten und durch die Rückſicht auf die Sicherheit des Verkehrs gerechtfertigt. Und von dieſem merkantilpolitiſchen Geſichtspunkt aus wurde dann, zunächſt in einzelnen Handelsſtädten, die Regel „Hand muß Hand wahren" auch auf Fälle ausgedehnt, in denen ſie ihrer urſprünglichen Idee nach nicht Statt haben konnte; ſo ſchon nach älterem Hamburgiſchen Recht auf alle ſeewärts eingeführten Waaren,[44]) ſpäter vielfach auf die Sachen, die auf privilegirten Meſſen und Märkten erkauft waren.[45]) Es machte ſich neben und außer der Regel Hand muß Hand wahren, der andere Geſichtspunkt geltend, daß der Beſitzer im Intereſſe des Verkehrs auch dann gegen den Eigenthümer irgendwie geſchützt werden müſſe, wenn dieſer die Sache zwar nicht freiwillig aus der Gewere gelaſſen, jener ſie aber in gewiſſer, rechtlich begünſtigter Weiſe an ſich gebracht habe. —

Dieſe Grundſätze ſind mit verſchiedenen Modifikationen und in verſchiedenem Umfang in die modernen Geſetzbücher übergegangen.[46]) Die mehr oder weniger durchgreifenden Beſchränkungen der Mobilien-Vindikation, welche dieſelben aufſtellen, fallen jedoch nur theilweiſe mit jenem Grundſatz des älteren deutſchen Rechts zuſammen;[47]) ſie beruhen

---

[44]) Hamb. Statut. v. 1270, VII. 9. — Dem Intereſſe des Handels diente auch das bekannte Judenprivilegium (Sſp. III. 7. §. 4.). Darüber ausführlich Goldſchmidt §. 4. Ueber die beſchränkte Vindikation an im Krieg erbeuteten und in dritte Hand gekommenen Mobilien, ſ. Albrecht S. 96; Pr. L.-Rt. I. 9. §. 199 f.

[45]) Mittermaier, d. Privatrecht §. 138.

[46]) Vgl. Pr. L.-Rt. I. 15. §. 24, 25, 34, 37, 42—45, I. 7. §. 184. I. 9. §. 199, 200. Außerdem hat das Preuß. L.-Rt. (I. 15. §. 42.) die nicht nachahmungswürdige Beſtimmung des ſpäteren römiſchen Kaiſerrechts: L. 2, 3. C. quadrienn. praesc. 7, 37, §. 14. I. de usucap., welche eine ganz exzeptionelle Beſchränkung der Vindikation zu Gunſten des Fiskus enthält, rezipirt. — Code Nap. a. 2279, 2280. Oeſt. b. Gb. §. 367, 456, Handels-Gb. a. 306—308, Zürich. Gb. §. 651, 652, Sächſ. Gb. §. 296, 297, 315.

[47]) Relativ am vollſtändigſten ſind die Grundſätze des reinen deutſchen Rechts im Code civ. rezipirt; derſelbe geſtattet die Vindikation regelmäßig nur demjenigen,

einerseits auf den eben erwähnten Erwägungen über die wahren oder vermeintlichen Bedürfnisse des Verkehrs,[48]) andererseits auf einem

qui a perdu, ou auquel il a été volé une chôse (binnen dreier Jahre, a. 2279), aber dem Marktkäufer u. s. w. (a. 2280) gegenüber nur gegen Erstattung des Preises (s. dagegen Sachsensp. II. 36. §. 4. oben N. 38.) Goldschmidt, S. 59 f.; dagegen kommen auch vereinzelte Fälle einer Vindikation gegen die Regel H. m. H. w. vor, C. civ. a. 2102, §. 1. fin., a. 1599, 1238 (?). — Das Oesterr. Recht beschränkt einerseits die Vindikation nicht auf res furtivae vel deperditae, andererseits läßt es dieselbe aber auch bei solchen Sachen nicht ausnahmslos zu (§. 367, s. das Nähere unten). Ebenso sind die Bestimmungen des H.-G. a. 306. 1 und a. 307. theils weiter, theils enger, als der Satz H. m. H. w., welcher (a. 306, 3) denselben zu Grunde liegt. — Die Fälle, in denen das Pr. L.-Rt. die Vindikation ausnahmsweise nicht zuläßt (I. 15. §. 42, 43), haben mit jenem Satz nichts gemein, sondern gründen sich, wie die analogen Bestimmungen, wegen der nur gegen Kostenersatz zulässigen Vindikation (s. die Stellen in N. 46.), auf die oben besprochenen Verkehrs- und Billigkeitsrücksichten. Goldschmidt, S. 56 f. Ueber den in §. 1. h. t. vollständig überflüßigen, und in §. 34 nur für den Beweis des guten Glaubens relevanten Zusatz „ohne seinen Willen" vgl. Koch, Comment. II. S. 362. Anm. 2.

[48]) „In den bestimmten Fällen, wo das Eigenthum beweglicher Sachen auch durch Personen, die nicht selbst Eigenthümer sind, an einen redlichen Besitzer übergeht, wird dieses Recht .... von dem Gesetze, und zwar zur Sicherung des Handels und Wandels hergeleitet." Westgaliz. Gesetzb. II. §. 168. „Für diese Ausnahme streitet theils die der bürgerlichen Gesellschaft höchst wichtige Sicherheit des Verkehrs, ..." Zeiller II. S. 133, Nippel III. S. 217. Und ganz in demselben Sinn vertheidigt die betreffenden Bestimmungen des Preuß. Rechts Suarez in seinen Schlußvorträgen zum A. L.-Rt. s. dieselben bei Koch, Comment. II. S. 360 f. — Es muß festgehalten werden, daß gegenüber den bei uns zur Geltung durchgedrungenen Prinzipien des römischen Sachenrechts alle diese Beschränkungen der Vindikation als utilitatis causa gegen den Tenor juris eingeführte Ausnahmsbestimmungen erscheinen, und daher nur genau so weit Berechtigung haben, als ein wahres Verkehrsbedürfniß sie dringend verlangt. In wie weit dieß z. B. bei den betreffenden Bestimmungen des österreichischen Rechts der Fall sei, das zu beurtheilen liegt zwar zunächst nicht in der Aufgabe des Juristen, sondern vielmehr derjenigen, die als vorzügliche Organe und Vermittler des Verkehrs, vor Allen auch dessen wahre Bedürfnisse zu erkennen Beruf und Gelegenheit haben; allein soviel dürfte von vornherein feststehen, daß die weitgehenden Normen des österreichischen Rechts, mindestens insofern sie sich auf gestohlene und verlorene Sachen beziehen, ein derartig dringendes Verkehrsbedürfniß nicht für sich haben, welches jene direkten Eingriffe in wohlerworbenes Eigenthum Dritter rechtfertigen könnte. S. auch Pratobevera, a. a. O. S. 331, 335 und die Protokolle zu H.-Gb. l. c. Es widerstrebt unserem Rechtsbewußtsein, daß jede mir widerrechtlich (durch eigentlichen oder Fundbiebstahl)

Moment angeblicher aequitas,[49]) welche in gewiſſen Fällen den Beſitzer gegen die harten Konſequenzen der römiſchen Eigenthumstheorie

---

entzogene Sache ſchon allein dadurch von Rechtswegen mein zu ſein aufhören ſoll, daß ſie durch das Purgatorium irgend eines „befugten" Tröbelladens hindurchgegangen iſt. — In der öſterreichiſchen Jurisprudenz hat es von jeher an unglücklichen Verſuchen nicht gefehlt, die Beſtimmungen des §. 367 aus juriſtiſchen Prinzipien zu konſtruiren, dieſelben nicht ſowohl als Ausnahmen, als vielmehr gerade als Ausflüſſe der Rechtskonſequenz hinzuſtellen; ſ. darüber die folg. Note.

[49]) „ . . . theils von der einen Seite — ſo fährt Zeiller a. a. O. fort — die ſchuldbare Unvorſichtigkeit oder Sorgloſigkeit des Eigenthümers, und von der anderen Seite das ſchuldloſe, offene . . . Benehmen des Uebernehmers oder Beſitzers, folglich der Grundſatz, daß der Schuldige den Schaden vor dem Schuldloſen, und den zufälligen Schaden der Eigenthümer tragen ſoll." Es leuchtet von ſelbſt ein, daß hier im Allgemeinen von ſchuldbarer Unvorſichtigkeit im juriſtiſchen Sinn (culpa) gar nicht die Rede ſein kann (denn wo wäre z. B. die culpa desjenigen, dem ſeine Sache auf offener Straße geraubt, aus wohlverſchloſſener Wohnung geſtohlen iſt, der ſie einem ſonſt für ehrlich geltenden Handwerker anvertraut hat u. ſ. w.?), daß mithin die Herbeiziehung der Grundſätze des dreißigſten Hauptſtücks a. b. Gb. durchaus ungerechtfertigt iſt. Aus dem Grundſatz, daß den zufälligen Schaden der Eigenthümer tragen ſoll (§. 1311) folgt ferner gar nicht, daß dieſer Schaden im vorliegenden Fall im Verluſt des Eigenthums beſtehen ſoll; vielmehr liegt derſelbe (abgeſehen von den hier in Rede ſtehenden Beſtimmungen) darin, daß der Beſchädigte in die mißliche und immer problematiſche Lage verſetzt iſt, den Beſitzer ſeiner Sache ermitteln, und eventuell gegen ihn den ſchwierigen Eigenthumsprozeß durchführen zu müſſen; und dieſen Schaden trägt natürlich der Eigenthümer. — Das triviale Raiſonnement Nippels (III. S. 217): „Zudem iſt es in den vorliegenden Fällen (?) für den Eigenthümer leichter (?) ſeine Schadloshaltung an dem Schuldtragenden zu ſuchen und zu erlangen" paßt lediglich auf den letzten der im §. 367 erwähnten Fälle, und gerade das Umgekehrte müßte vielmehr in den übrigen Fällen als Regel behauptet werden, denn es wird z. B. demjenigen, der eine geſtohlene Sache im Laden eines befugten Gewerbsmanns gekauft hat, ohne Zweifel in der Regel leichter ſeinen Regreß bei dieſem zu nehmen, als es dem Beſtohlenen ſein wird, den Dieb zu finden und auszuklagen. — Als civiliſtiſches Curioſum iſt endlich noch Schuſters Verſuch, dieſen letzten Fall des §. 367 aus der ratio juris heraus zu erklären, erwähnenswerth. Derſelbe ſucht (wie Zeiller) in der Lehre vom Schadenerſatz ſein Heil, und unternimmt es, überall da, wo der Eigenthümer ſeine Sache freiwillig aus der Hand gibt, demſelben mittelſt folgender Konſtruktion ein Verſchulden aufzubürden: für jeden Beſitzer ſtreitet die Vermuthung des Eigenthums (! — Vgl. auch Zeiller II. S. 219), — wer daher ſeine Sache Jemand anvertraut, erregt in anderen Leuten die falſche Vermuthung, als ſei dieſer Eigenthümer, — er hat

in Schutz zu nehmen gebot. Demgemäß erscheint diese gesicherte Stellung des Besitzers in den heutigen Partikularrechten vielfach[50]) an Voraussetzungen geknüpft, die dem älteren deutschen Recht durchaus fremd sind, und die ihren Grund eben in jenen, unserem älteren Recht gleichfalls fremden Motiven haben; diese Voraussetzungen sind a) daß der Besitzer die Sache aus einem entgeltlichen[51]) Rechtsgeschäft in Händen habe, und b) daß er beim Erwerb derselben *in bona fide*[52]) gewesen. —

Der Besitzer einer Sache, deren Vindikation den besagten Rechtssätzen zufolge ausgeschlossen ist, steht ebendadurch in einem rechtlich gesicherten Verhältniß zu derselben; er hat sie, und Niemand kann sie ihm von Rechtswegen entreißen. Näher findet sich dieses Verhältniß in den älteren Rechtsquellen nicht präzisirt; es heißt da, er sei näher

---

daher gegenüber diesen andern Leuten überhaupt, und insbesondere gegen den etwaigen dritten Erwerber der Sache, ein Verschulden (!), und verliert darum (!) an den Letzteren sein Eigenthum. Nach derselben Richtung hin, wenn auch nicht mit derselben Sicherheit, argumentirt Nippel III. S. 219.

[50]) Eine Ausnahme macht hier das französische Recht; die Regel „**en fait de meubles la possession vaut titre**" gilt (von verlornen und gestohlenen Sachen abgesehen) ohne Rücksicht darauf, wie dieser Besitz erworben ist. C. civ. a. 2279. Renaud a. a. O. S. 156.

[51]) Pr. L.-R. §. 42, 43 (verb. „erkauft", worunter ohne Zweifel jedes entgeltliche Geschäft zu verstehen ist), §. 25. h. t. Oest. Gb. §. 367. H.-G. a. 306 (verb. „in dessen Handelsbetrieb"; unentgeltliche Veräußerungen gehören nicht in den Handelsbetrieb des Kaufmanns). M. E. mit Unrecht versucht Rückert, S. 219 f. das Erforderniß der Entgeltlichkeit des Erwerbs bereits in die Rechtsbücher hineinzulegen: ein direkter Beweis dafür läßt sich nicht erbringen, die ausdrückliche Bestimmung, daß auch die vom Vertrauensmann verspielte Sache der Vindikation nicht unterliege, spricht gewiß dagegen, und Rückerts Argumentation aus dem angeblichen „Zweck der Regel, den dritten Inhaber der Sache von einer unbilligen Vermögenseinbuße zu bewahren", schiebt dem germanischen Rechtssatz moderne Billigkeitsmotive unter, die ihm sicher fremd waren; der Ssp. sollte aus Billigkeit Entgeltlichkeit des Erwerbs verlangen, da er doch anerkanntermaßen (Rückert, S. 221) nicht einmal bona fides des Erwerbers fordert!

[52]) Pr. L.-R. I. 10. §. 24., Oest. Gb., H.-G. a. a. O. Schon das (noch geltende) Hamburger Statut v. J. 1603 (II. 2, 7.) hat der in dasselbe aufgenommenen Sachsenspiegelstelle (II. 60) die Worte eingeschaltet: „wofern derjenige solches mit gutem Titel an sich gebracht." Budde §. 53.

die Sache zu behalten, es habe Niemand eine Forderung gegen ihn[53]) u. s. w. kurz es ist die Qualität seines Rechtes auf den Besitz der Sache nirgends positiv formulirt;[54]) allein dem praktischen Resultat nach steht er demjenigen durchaus gleich, der etwa die Sache selbst verfertigt, vom Eigenthümer gekauft hat u. s. w.; mag man also sagen, es sei lediglich die Vindikation gegen ihn erloschen, oder er sei Eigenthümer geworden,[55]) jedenfalls steht sein Verhältniß zur Sache dem Eigenthumsrecht thatsächlich gleich.

Ganz ebenso steht die Sache heut zu Tage noch nach französischem und preußischem Recht:[56]) beide Gesetzbücher erklären lediglich die Vindikation in gewissen Fällen für unstatthaft, und lassen es im Uebrigen auf sich beruhen, wie man das Rechtsverhältniß des in dieser Weise absolut geschützten Besitzers theoretisch konstruiren will. Dagegen bezeichnet das a. b. Gb. (§. 367) und das a. d. Handelsgb. (a. 306) in den betreffenden Fällen den Besitzer ausdrücklich als Eigenthümer, so daß im Moment des Zusammentreffens der gesetzlich erforderten Umstände einerseits mit der Eigenthumsklage auch das Eigenthumsrecht erlischt, andererseits das Letztere erworben wird. Die Verschiedenheit in der durch diese beiden Gruppen von Gesetzbüchern adoptirten Fassung begründet keinen Unterschied in der konkreten Gestaltung des Rechtsverhältnisses.[57])

Die Fälle, in denen diesen Grundsätzen zufolge durch eine vom Nichteigenthümer vorgenommene Tradition[58]) dem Empfänger Eigen-

---

[53]) Z. B. Rev. Lüb. Rt. III. 2, 2., Hambg. Stat. v. J. 1270. VII. 9. Ssp. I. 15. §. 1., II. 60. §. 1.

[54]) Negativ ausgedrückt besteht es eben darin, daß Niemand zum Besitz der Sache besser berechtigt ist, als er.

[55]) Rückert, S. 222, Goldschmidt, S. 32.

[56]) C. civ. a. 2279, Pr. L.-Rt. I. 15. §. 42, 43. „Sachen, die ... sind keiner Vindikation unterworfen."

[57]) Vgl. Unger, I. S. 178. N. 68. — Daher wird auch für das Pr. L.-Rt. Eigenthumsübergang unbedenklich angenommen, obwohl dieß aus der Fassung des §. 42. cit. (Note 56) direkt nicht hervorgeht. Koch, Privatr. I. §. 253.

[58]) Die in Rede stehenden Fälle des Eigenthumserwerbs vom Nichteigenthümer sind in Wahrheit keine Traditionsfälle; Tradition ist ja eine Form des abgeleiteten Rechtserwerbs, vom Nichteigenthümer aber kann kein Eigenthum abgeleitet werden; wo die bekannte Rechtsregel der L. 175, §. 1. L. 54. D. R. J. nicht

thum erworben wird, ſind nach öſterreichiſchem bürgerlichen[59]) Recht folgende:

1) Wenn die Tradition in Folge eines unter der Autorität oder beſonderen Begünſtigung der Obrigkeit ſtehenden Veräußerungsaktes vorgenommen iſt; nämlich entweder aus einer öffentlichen, unter Aufſicht der betreffenden Behörde ſtattgehabten Verſteigerung, oder aus einem an der Wiener Geldbörſe ordnungsmäßig abgeſchloſſenen Börſengeſchäft,[60]) inſoferne dasſelbe nicht als Handelsgeſchäft unter die Beſtimmungen des Handelsrechts fällt; oder in Folge einer durch die Gefällsbehörde vorgenommenen Veräußerung, wenn es ſich um eine Sache handelt, die für eine Gefällsſtrafe verhaftet iſt.[61])

2) Wenn der Tradent zur Zeit der Tradition Handel mit Sachen gerade dieſer Gattung gewerbsmäßig und befugterweiſe betrieb.[62])

---

zutrifft, da liegt gewiß keine Succeſſion, ſomit auch keine Tradition vor. Vielmehr haben wir es hier offenbar mit originären Erwerbsfällen zu thun, die auf dem Boden des öſterreichiſchen Rechts, welchem das römiſche Eigenthumsſyſtem zu Grund liegt, als Singularitäten erſcheinen, und die ihrer juriſtiſchen Struktur nach (ſ. aber Goldſchmidt, S. 164 gegen Endemann, Handelsrecht §. 76. N. 4, die m. E. nach entgegengeſetzten Richtungen beide zu weit gehen) jedenfalls dem Inſtitut des Rechtserwerbs durch Erſitzung am nächſten ſtehen, mit welchem ſie den Zweck (Sicherung des Verkehrs durch Abſchneiden der dinglichen Sachverfolgung) und einige Erforderniſſe (bona fides und eine gewiſſe Beſchaffenheit der Erwerbsart) gemein haben. — Dieß feſtgehalten, kann man immerhin die Erwerbungen auf Grund des §. 367. als „Ausnahmen" von dem Erforderniß c) des Eigenthumserwerbs durch Uebergabe (§. 442) behandeln, wie dieß in der öſterreichiſchen Jurisprudenz üblich iſt (dasſelbe thut Demelius, Oeſterr. Gerichtszeitung, 1858, S. 141 f. N. 36), und mit demſelben Rechte, wie gemeinrechtliche Schriftſteller die ſingulären Normen der LL. 2, 3, C. quadrienn. praesc. 7, 37 und §. 14 Inst. de usucap. 2, 6 unter den Geſichtspunkt einer Ausnahme von derſelben Regel (L. 20, pr. D. aqu. dom.) ſtellen. S. z. B. Vangerow I. S. 575, Schmid, Handb. I. S. 73.

[59]) Ueber die in weſentlichen Punkten abweichenden Grundſätze des Handelsgeſetzbuchs ſ. die ausführlichen dogmatiſchen Erörterungen von Goldſchmidt, a. a. O. §. 11—17.

[60]) Geſ. für die Wiener Geldbörſe v. 11. Juli 1854. R. G. Bl. N. 200, §. 14. lit. d.

[61]) Gefälls-Straf-Geſ. §. 167.

[62]) Seit in Oeſterreich Gewerbefreiheit herrſcht, alſo die Zahl der Artikel, die ein beſtimmter Gewerbsmann zu führen berechtigt iſt, nicht mehr, wie ehedem, eine genau und ängſtlich begrenzte iſt, könnte die Frage entſtehen, wie es denn zu

3) Wenn derſelbe[63]) die Detention der Sache mit dem Willen des Eigenthümers[64]) begonnen oder fortgeſetzt hatte.[65])[66])

halten ſei, wenn der Gewerbsmann eine fremde Sache veräußert hat, welche zu einer Waarengattung gehört, die derſelbe zwar zu führen berechtigt wäre, aber in der That nicht führt? Mir ſcheint es richtiger, auf einen ſolchen Fall die Ausnahmsbeſtimmungen des §. 367 nicht anzuwenden. Vgl. auch Pr. L.-Rt. I. 15. §. 44. „Wer außerdem eine Sache . . . von Leuten, welche Sachen dieſer Art unter obrigkeitlicher Erlaubniß öffentlich feil haben, erkauft hat.“ Uebrigens wird es heut zu Tage nicht leicht mehr vorkommen, daß ein derartiger Fall nach den Normen des a. b. Gb. zu beurtheilen iſt; über die bezüglichen Grundſätze des H.-G. aber ſ. Goldſchmidt, S. 143 f.

[63]) Ohne Rückſicht auf das etwaige perſönliche Verhältniß des Tradenten zum Eigenthümer (ſ. oben Note 39) ſagt §. 367 ganz allgemein „Jemanden, dem ſie der Kläger“ ꝛc.

[64]) Das Geſetz nennt hier den „Kläger“, und bezeichnet damit den regelmäßigen Fall, da der Anvertrauende ſelbſt gegen den dritten Beſitzer als Kläger auftritt; allein ohne Zweifel gilt dasſelbe, wenn ſein Rechtsnachfolger die Eigenthumsklage erhebt; der Ausdruck „Kläger“ iſt alſo zu eng, er iſt aber auch zu weit, denn nicht immer „wird den redlichen Beſitzern das Eigenthum erworben“ (§. 367), wenn der Kläger die Sache dem Tradenten anvertraut hatte: Hatte es dieſer nämlich gegen den Willen des (damaligen) Eigenthümers gethan, ſo erwirbt der dritte Beſitzer aus der Tradition von Seiten des Commodatars u. ſ. w. nicht das Eigenthum, ſondern er iſt nur gegen die Klage des Commodanten, falls dieſer in die Lage kommen ſollte, als Vindikant aufzutreten, durch Exceptio (doli) geſchützt. Ein Beiſpiel: A verleiht die Sache des X (wider deſſen Willen) an Y, dieſer verkauft und tradirt ſie an Z; durch dieſe Tradition wird Z natürlich nicht Eigenthümer, er iſt ſtets der Vindikation des X ausgeſetzt; daran wird ipso jure auch nichts geändert, wenn nun A den X beerbt; Z wird dadurch nicht Eigenthümer, allein er hat eine perſönliche Einrede gegen die Vindikation des A. Dieß zeigt ſich deutlich, wenn man den Fall ſetzt, A ſei nicht Univerſalerbe, ſondern habe mit B zu gleichen Theilen die Erbſchaft des X angetreten; vindizirt nun jeder die Hälfte der Sache, ſo wird B ſiegen, A aber mittelſt der Einrede aus §. 366, 367 abgewieſen werden.

[65]) Dieß braucht nicht nothwendig ein „Anvertrauen“ im eigentlichen Sinn zu ſein; auch wenn der Tradent die Sache nicht aus der Hand des Eigenthümers erhielt, ſondern ſie mit deſſen Willen für ihn anderweitig erwarb (z. B. kaufte), überträgt er durch Tradition an den Dritten das Eigenthum.

[66]) Der anfänglichen Einwilligung des Eigenthümers ſteht es gleich, wenn derſelbe in irgend einem ſpätern Moment die Detention des Tradenten gutgeheißen hat. — Daß der Letztere auch noch im Moment der Tradition mit dem Willen des Eigenthümers beſitze, iſt nach öſterr. Rt. ohne Zweifel nicht erforderlich;

4) Baares Geld und Inhaberpapiere ſind jedenfalls nur dem unredlichen Beſitzer gegenüber vindizirbar (§. 371).

5) Wem eine Erbſchaft gerichtlich eingeantwortet wird, der wird dadurch nicht Eigenthümer der Erbſchaftsſachen, wenn er nicht der wahre Erbe iſt (§. 823); allein es wird durch die von ihm im guten oder böſen Glauben vorgenommene Veräußerung einzelner Erbſtücke gleichwohl dem Empfänger[67]) das Eigenthum daran erworben, vorausgeſetzt, daß dieſe Sachen Eigenthum des Erblaſſers waren, oder[68]) mit dem Willen des Eigenthümers (ſ. oben) von ihm detinirt wurden (§. 824)[69]).

---

auch nach Ablauf der Miethzeit, nach Kündigung des Prekarium u. ſ. w. bleibt es nicht minder wahr, daß der Eigenthümer die Sache „anvertraut hatte" (§. 367). Für das Recht des Sachſenſpiegels vertritt die entgegengeſetzte Anſicht Rückert S. 215 f. (arg. Ssp. III. 22); dagegen Albrecht S. 89, Gaupp a. a. O. S. 131.

[67]) Doch kann der Ausdruck „dritter redlicher Beſitzer" (§. 824) nicht auch auf den Legatar bezogen werden (der ja nach öſterr. Rt. auch erſt durch Tradition ſeitens des Erben das Eigenthum der vermachten Sache erwirbt, §. 684, Unger, Erbr. §. 64), der vielmehr der Vindikation unterliegt, wenn ſich erweiſt, daß ſein Tradent nicht Erbe iſt. Vgl. §. 713, 823. — Ueber den Fall, da die Erbeinſetzung zwar giltig, das betreffende Legat aber nichtig iſt, ſ. unten Note 113.

[68]) Der in mancher Beziehung unklar abgefaßte (ſ. auch Note 70) Schlußſatz des §. 824 ſcheint nur den gewöhnlichſten Fall vor Augen zu haben, daß nämlich die „Erbſtücke" Eigenthum des Erblaſſers waren, und behandelt den dritten Erwerber ſo, als hätte er die Sache unmittelbar vom Erblaſſer ſelbſt, oder vom wahren Erben überkommen. Aus dieſem Geſichtspunkt muß man, glaube ich, den „redlichen Beſitzer" auch dann als Eigenthümer anerkennen, wenn ſein fingirter Auktor zwar nicht ſelbſt Eigenthümer aber nach §. 367 Eigenthum zu übertragen im Stande war, nicht aber dann, wenn etwa die Sache von dieſem geſtohlen, oder durch Zufall irgendwie in die Erbmaſſe gekommen war. — Ganz unentſchieden bleibt es ferner nach dem Wortlaut dieſes §., ob derſelbe nur auf denjenigen Anwendung findet, der die Sache unmittelbar aus der Verlaſſenſchaft, oder auch auf den, welcher ſie aus dritter Hand „in der Zwiſchenzeit" redlich erworben hat, alſo z. B. von demjenigen, der ſie vom Putativerben mala fide gekauft hatte. Mir ſcheint Erſteres das Richtige mit Rückſicht auf die Analogie der Fälle des §. 367, wonach z. B. derjenige, der die Sache bona fide von Jemand kauft, der ſie mala fide dem Commodatar abgekauft hatte, das Eigenthum nicht erwirbt („wenn er beweiſet, daß er dieſe Sache...").

[69]) Ueber dieſe Beſtimmungen des §. 824 vgl. die ſtrenge, aber gerechte Kritik von Unger, Erbr. S. 390 (Nachtrag zu §. 40) und deſſen Verlaſſenſchafts-Abhandlung (Wien 1863) S. 199, 200, 193, N. 3.

Die gemeinſamen Vorausſetzungen dieſer Fälle ſind, wie bereits oben hervorgehoben, daß es ſich um eine bewegliche[70]) Sache handle, daß der Empfänger im Augenblick der Uebernahme im guten Glauben (b. Gb. §. 326, 368, 371) war,[71]) und daß dieſe „gegen Entgelt“ erfolgt ſei, welches letztere Erforderniß jedoch im Fall 4) und 5) wegfällt (§. 371, 824).[72]) Eine Tradition kann aber nur dann als eine entgeltliche betrachtet werden, wenn der Nehmer mit Bezug auf dieſelbe zu einer vermögensrechtlichen Leiſtung verpflichtet iſt, die den Charakter einer Gegenleiſtung für das Empfangene hat. Dieß iſt namentlich der Fall, wo die Tradition auf Grund eines vorliegenden zweiſeitig verbindlichen Obligationsverhältniſſes vorgenommen wird, aber auch, wo gegeben wird, um auf Seite des Nehmers eine Obligation erſt zu begründen[73]) (contrahendi causa), oder eine bedingte unbedingt zu machen[74]) (conditionis implendae c.). Dagegen iſt unentgeltlich tradirt (im Sinne des §. 367), was ſchenkungsweiſe, als Mitgift,[75]) oder als Legat (vom Erben dem Legatar) übergeben wird, und zwar macht es dabei keinen Unterſchied, ob dieſe Zuwendungen[76]) frei, oder mit

---

[70]) Auch unter den „Erbſtücken“ des §. 824 ſind wohl nur Mobilien zu verſtehen. Vgl. Zeiller II. S. 874.

[71]) Mala fides superveniens kann das einmal erworbene Eigenthum nicht wieder zerſtören. Nippel III. S. 219, Goldſchmidt S. 165.

[72]) Nicht aber im Fall 2), wo es ſich vielmehr [wie bei 1)] von ſelbſt verſteht. Zeiller II. S. 135, Nippel III. S. 219.

[73]) Z. B. bei der Hingabe einer Sache als Darlehen oder zum Vertröbeln (§. 1086) ohne vorhergegangene Verabredung.

[74]) Eine bedingte Verpflichtung des Nehmers nämlich; wenn ich dagegen z. B. dem A mein Pferd gebe, weil B mir ex testamento 1000 ſchuldet unter der Bedingung, daß ich an A das Pferd gebe, ſo empfängt letzterer unentgeltlich.

[75]) Dieß gilt auch, wenn und inſoweit der Geber zur Beſtellung der Dos rechtlich verpflichtet war (§. 1220). Die Begriffe „Liberalität“ auf der einen und „unentgeltlicher Empfang“ auf der andern Seite decken ſich hier nicht; der Vater u. ſ. w. iſt eben verpflichtet zu einer unentgeltlichen Gabe unter Lebenden, wie in andern Fällen (den Pflichttheilsberechtigten gegenüber) auf den Todesfall, und ebenſo iſt der Erbe dem Honorirten gegenüber zur Tradition der vermachten Species verpflichtet, ohne daß darum dieſe Tradition eine entgeltliche iſt.

[76]) Für die indirekte Behauptung Ungers (II. S. 101. N. 7), daß eine Auflage im techniſchen Sinne bei der Dos nach öſterr. Rt. nicht möglich ſei, finde ich weder einen innern Grund, noch einen geſetzlichen Anhaltspunkt; die Dos-Be-

Auflagen beſchwert ſind;[77]) denn es iſt dem Begriff des Modus weſentlich, daß er das Geſchäft, dem er anhaftet, nicht zu einem entgeltlichen macht;[78]) die Leiſtung, welche dem Empfänger aufgetragen wurde, kann unter Umſtänden[79]) rechtlich erzwingbar ſein, allein ſie kann nie den Charakter einer Gegenleiſtung (im techniſchen Sinn) haben, ſonſt läge nicht eine unentgeltliche Zuwendung sub modo vor, ſondern ein benannter oder unbenannter Contrakt. —[80])

Wie in den eben ausgeführten Fällen durch die Tradition[81]) von Seiten des Nichteigenthümers ausnahmsweiſe doch das Eigenthum übertragen wird, ſo kann unter den nämlichen Vorausſetzungen[82]) ſeitens des Nichteigenthümers ein dingliches Recht an einer beweglichen Sache

---

ſtellung, obwohl von der Schenkung weſentlich verſchieden (L. 21. §. 1. D. don. int. v. et ux. 24, 1.) involvirt nothwendig eine unentgeltliche Vermögenszuwendung, Vermehrung des Vermögens des Mannes (§. 1218, L. 7. §. 3. D. jure dot., L. 47. §. 6. D. de peculio), iſt alſo unter die „unentgeltlichen Verträge" im Sinn des §. 901 zu ſtellen, auf welche rückſichtlich des Modus die Normen der §§. 572, 709 f. anzuwenden ſind.

[77]) A. M., wie es ſcheint, Unger II. §. 72. N. 16.

[78]) Darin liegt eine Aehnlichkeit zwiſchen Modus und Bedingung: auch durch eine Bedingung kann dem Beſchenkten (um bei der Schenkung zu bleiben) eine Leiſtung auferlegt werden, wodurch aber — wenn nur auf der einen Seite der animus donandi vorliegt, auf der andern ein Vermögenszuwachs erübrigt — der Charakter des Geſchäfts als Schenkung nicht alterirt wird.

[79]) Vgl. Unger II. §. 84. — Dagegen kann die Leiſtung, welche etwa den Inhalt einer Bedingung bildet, nie direkt erzwungen werden, L. 41. pr. D. contr. emt. Si sub conditione emtio facta est, non poterit agi, ut conditio impleatur; für den modus aber L. 9. C. de donat. 8, 54, L. 8. C. cond. ob. caus. L. 80. D. de cond. et dem.

[80]) So ſcharf ſich dieſe beiden Dinge theoretiſch trennen laſſen, ſo unvermeidlich fließen ſie im Leben in einander, und es kann nur dem juriſtiſchen Takt des Richters überlaſſen werden, in concreto zu entſcheiden, ob er es etwa mit einer donatio sub modo, oder einem Kontrakt: do ut facias zu thun hat; der §. 367 enthält einen der wenigen Fälle, wo dieſe Unterſcheidung h. z. T. noch praktiſche Wichtigkeit hat.

[81]) Nach öſterr. bürg. Rt. macht es gewiß keinen Unterſchied, ob dieſe Tradition eine „echte" oder „ſymboliſche", und erſteren Falls, ob ſie durch Constitutum vollzogen wurde oder nicht. A. M. für das Handelsrecht Goldſchmidt S. 135 f.

[82]) Die Erwerbung des dingl. Rts. muß alſo unter Anderm auch eine unentgeltliche (§. 367) ſein; rückſichtlich des Pfandrechts ſ. dazu Unger II. §. 72. N. 15.

erworben werden; ſowohl das Pfandrecht[83]) (§. 456), als jede an Mobilien mögliche Servitut.[84])

D. Die rechtlich nothwendige Form der Tradition iſt die Apprehenſion des Beſitzes an der Sache oder dem dinglichen Recht durch den Empfänger, oder einen Anderen anſtatt desſelben; (ſ. über die Apprehenſion das folgende Kapitel); mit dieſem Akt wird der dingliche Vertrag perfekt, und dem Nehmer, wenn alle übrigen Vorausſetzungen zutreffen, das Recht an der Sache erworben. War dieſer ſchon vorher im juriſtiſchen[85]) Beſitz, ſo iſt eine Apprehenſion, wie ſich von ſelbſt verſteht, weder möglich noch erforderlich;[86]) iſt aber ein Dritter im Beſitz und hindert derſelbe die Apprehenſion des Nehmers, ſo kann, ſo lange dieß der Fall iſt, die beabſichtigte Tradition nicht zu Stande kommen.[87])

---

[83]) Wenn alſo z. B. ein befugter Uhrmacher eine fremde Uhr verpfändet, erwirbt der redliche Empfänger das Pfandrecht, der Eigenthümer muß die Sache „fahren laſſen“, oder den „Pfandinhaber ſchadlos halten“; dieſe Schadloshaltung, wodurch das Pfandrecht erliſcht, wird mit der Abzahlung der Forderung zuſammenfallen (vgl. §. 469), wo dieſe den Werth des Pfandes nicht überſteigt (vgl. Zeiller II. S. 266), im umgekehrten Fall beſchränkt ſie ſich auf Erſatz des Werths der Pfandſache. (Letzteres iſt namentlich von Wichtigkeit, wenn für Eine Schuld mehrere minder werthvolle Sachen obligirt ſind, darunter Eine fremde.)

[84]) Dieß iſt zwar im Geſetzbuch nirgends ausdrücklich geſagt; es iſt aber eine unabweisbare Conſequenz, daß, wer nach den Grundſätzen des §. 367, 824 das Eigenthum an einer fremden Sache übertragen kann, um ſo mehr im Stande ſein muß, an derſelben einen Uſus u. ſ. w. wirkſam zu beſtellen. (S. dieſelbe Argumentation a majori ad minus rückſichtlich des Pfandrechts bei Zeiller II. S. 266.)

[85]) War er bloß Detentor, ſo erfolgt die Apprehenſion brevi manu (§. 428), davon unten.

[86]) Z. B. der wahre Eigenthümer ſchenkt die Sache dem Putativ-Eigenthümer, der ſie beſitzt; oder es wird ein Eigenthumsprozeß durch Vergleich geendigt, worin der Kläger die Sache dem Beklagten zu Eigenthum überläßt; ſ. auch L. 21. pr. D. aqu. possess. L. 21. §. 1. D. aqu. domin.

[87]) L. 8. C. act. E. V. 4, 49. Si pater tuus venumdedit portionem suam, nec induxit in vacuam possessionem praedii, jus omne penes se eum retinuisse certum est. rel., cf. L. 12. C. de probat. 4, 19, L. 46 mit 47. D. R. V. Und für das Pfandrecht: L. 13. C. distract. pign. 8, 28. Qui praedium obligatum a creditore comparavit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet. B. Gb. §. 425, 451. — Man drückt dieß in dem Satz aus, es ſei *vacua possessio* zur Tradition erforderlich.

E. Jede Tradition, mag dieſelbe die Uebertragung von Eigenthum,[88]) oder die Errichtung eines andern dinglichen Rechts zum Inhalt haben,[89]) iſt ihrem Weſen nach Veräußerung; wird ſie daher einem geſetzlichen oder richterlichen Veräußerungsverbot[90]) zuwider vorgenommen, ſo iſt ſie abſolut nichtig[91])[92]) und der Tradent bleibt nach wie vor dinglich

---

Savigny, Beſitz S. 203 f., 569 N. 1. Puchta im R.=Lex. XI. S. 519. Geſterding, Eigenthum S. 169 f. Letzterer beſtreitet die Regel und behauptet (unter Berufung auf L. 16. D. de fundo dotali, L. 10. §. 2. D. cond. furtiva), es gehe in derlei Fällen zwar nie der Beſitz, wohl aber dann das Eigenthum über, wenn ein auf Beſitzergreifung gerichtetes Faktum vorliege, durch welches die possessio erworben ſein würde, wenn dieſelbe vacua geweſen wäre. Allein dieſe Anſicht iſt ſicher unhaltbar; über die angeführten Stellen (in beiden iſt von Tradition nicht die Rede, cf. L. 35. §. 4. D. contr. emt., L. 10. §. 3. D. cond. furt.), und namentlich gegen Geſterdings Argumentation aus dem Satz, Kauf bricht Miethe, ſ. Schmid, Handbuch I. §. 8. S. 85—91; auch Vinnius, Comm. zu §. 40. Inst. 2, 1. — Ueber die intereſſante Frage, ob und wie nach röm. Rt. der dritte vertragsmäßige Detentor (z. B. Miether) gezwungen werden konnte, für den deſignirten Empfänger beſitzen zu wollen und dadurch den Vollzug der Tradition zu ermöglichen, ſiehe jetzt Ziebarth, Realexecution und Obligation, S. 3 f., S. 146. Nach öſterr. Rt. bietet hier die ſymb. Tradition (ſ. unten) einen bequemen Ausweg. §. 1120, 427.

[88]) Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur. L. 1. C. de fundo dot. 5, 23.

[89]) .... sive lex alienationem inhibuerit .... non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi ... et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum .... L. 7. C. de reb. alienand. 4, 51, cf. L. 5. C. fund. dot., L. 3. §. 5. D. de rebus eorum. — Man nennt dieß mit einem unrömiſchen Ausdruck alienatio constitutiva.

[90]) Das Nähere über die Veräußerungs=Verbote gehört in die Lehre von den Beſchränkungen des Eigenthums. Vgl. Vangerow I. §. 299 und die dort Angef., auch Savigny V. S. 523 f. — Gegen die Annahme richterlicher Alienationsverbote als einer beſonderen Klaſſe derſelben Böcking II. §. 158. N. 5, Brinz I, S. 190. Dafür Pagenſtecher, Eigenthum I, S. 68 f., Arndts §. 132. A. 2.

[91]) L. 8, 16. C. praed. minor., L. 4. C. de litig. 8, 37, L. 7. C. de agricol. 11, 47. L. 12. D. usucap., L. 7. §. 5. D. pro emt., L. 8. D. de pollicitat. Auch der Tradent ſelbſt kann vindiziren (Unger II. §. 91. N. 27, 35). Für das gemeine Recht wird dieß (wegen L. 17. D. evictionib., cf. jedoch L. 1. §. 5. de exc. rei vend. et trad.) häufig beſtritten. S. Vangerow I. §. 299. A. 1.

[92]) Ueber die Fälle rechtlich nothwendiger Veräußerungen, auf welche die

berechtigt. Letztwillige [93]) oder vertragsmäßige [94]) Alienationsverbote haben dieſe Wirkung nicht.

Subjektiver und objektiver Rechtsgrund der Tradition. [95])

Der Traditionswille, die innere Thatſache, die im Gewand der äußeren Handlung in das Herrſchaftsgebiet des Rechts tritt, iſt keineswegs ein von allem Cauſalzuſammenhang abgelöſter abſoluter Akt, gleichſam durch pſychologiſche Generatio aequivoca im Subjekt hervorgerufen; er iſt wie jeder konkrete Seelenzuſtand, das Endergebniß einer mehr oder weniger entwickelten und bewußten Reihe innerer Vorgänge, aus denen er mit ſeiner beſtimmten Richtung und Intenſität hervorgeht. Inſofern nun bei dieſer Entſtehung des einzelnen Willensaktes Vorſtellungen von (wirklich oder vermeintlich) gegebenen Verhältniſſen beſtimmend mitwirken, erſcheinen dieſe als Motive. Für die pſychologiſche und moraliſche Beurtheilung iſt der Wille von ſeinen Motiven nicht zu trennen: wie er nur das letzte Glied einer geſchloſſenen Reihe innerer Veränderungen bildet, ſo kann er auch nur als ſolches pſychologiſch erklärt und ſeiner ſittlichen Giltigkeit nach gewürdigt werden. Allein dieß iſt nicht der civiliſtiſche Standpunkt, und kann es nicht ſein; denn das Civilrecht, ſeiner Natur nach dazu beſtimmt äußere Bethätigungs-

---

Alienationsverbote nicht wirken, vgl. E. Seuffert, das geſetzliche Veräußerungsverbot u. ſ. w. (München, 1854.) §. 15 f., Unger II. §. 94. N. 16, 17.

[93]) Wo der Erbe oder Legatar als ſolcher durch ein Veräußerungsverbot beſchränkt iſt, da iſt dieſes ein geſetzliches. Windſcheid I, S. 441 (z. B. nach d. Gb. §. 613. Unger, Erbr. S. 214.)

[94]) Nemo paciscendo efficere potest, ne ... vicino invito praedium alienet. L. 61. D. de pactis. Ein ſolcher Vertrag begründet lediglich einen eventuellen Erſatzanſpruch gegen den Veräußerer. L. 75. D. contr. emt., L. 3. C. cond. ob. caus., L. 135. §. 3. D. V. O. (Ueber die durch L. 7. §. 2. D. distract. pign. erregte Controverſe vgl. Arndts §. 132. N. 5, Keller, Pand. §. 126. N. 8, Puchta, kl. civil. Schriften, XXXVIII.) — Bei unbeweglichen Sachen, die Gegenſtand der öffentlichen Bücher ſind, kann ein ſolches pactum de non alienando allerdings durch Eintragung in dieſelben abſolute Wirkſamkeit erhalten (§. 1073), allein für die Traditionslehre ſind dieſe Fälle nicht [illegible], da an eben jenen Objekten weder Eigenthum noch dingliche Rechte (§ [illegible]) [illegible] Tradition beſtellt werden können.

[95]) S. hiezu die Beilage 1., daſelbſt auch die Literat[illegible]

formen des Individuums zu regeln, kann die rechtliche
Giltigkeit eines gegebenen Willensaktes unmöglich
weſentlich eſoteriſchen Momenten, deren objektive
ſie überhaupt möglich iſt, ihre eigenthümlichen
Vielmehr hält ſich das Recht zunächſt immer nur
des Willens, wie derſelbe, losgelöſt von ſeinem
menhang, in die Außenwelt getreten iſt, und
gewiſſe rechtliche Wirkungen. So erzeugt denn
als ſolcher, ſobald er in der rechtlichen Form
auftritt, den entſprechenden juriſtiſchen Effekt,
Motiven er beruhen mag.[96])

Gerade weil nun aber die rechtliche
das durch ihn geſetzte Rechtsgeſchäft als
zu Grunde liegenden Motiven feſtgehalten
unter Umſtänden nach den Grundſätzen der
gewiſſe Beſchaffenheit jener Motive
gründen, wodurch zwar das rechtlich
gemacht, wohl aber deſſen ökonomiſche
hoben werden kann; ſo kann der
Umſtänden gerade weil er auf dieſen
unſittlich (contra bonos mores)
dem Geber ein perſönliches
causam, arg. §. 1174 fin.) erwachſen;
572) ſteht dem Schenkgeber zu,
Traditionswille einzig und allein
beruht habe. Dieſe Beſtimmungen
dern vielmehr die indirekte
des obigen Grundſatzes.

Der Wille zu tradiren,
anders geſtalteten Zuſammen
entſpringt, führt
ſich, um deßw

aber unabhängig davon, warum (Motive) und wozu (Zweck) ſie tradiren wollten. —

Man kann einem beſtimmten zur Beurtheilung vorliegenden Rechtsgeſchäft gegenüber einen doppelten Standpunkt einnehmen: Entweder man ſteht, wie im Bisherigen vorausgeſetzt wurde, innerhalb aller der ſubjektiven Momente, die die innere, pſychologiſche Seite des Rechtsgeſchäfts bilden, findet dieſe als gegeben vor, und hat deren Bedeutung für den rechtlichen Charakter und Erfolg der geſetzten Handlung zu unterſuchen, dieſe alſo gleichſam von Innen heraus zu beurtheilen — oder aber man tritt an das Rechtsgeſchäft von Außen heran, findet lediglich äußere Thatſachen gegeben, und hat aus der Betrachtung und Interpretation deſſen, was als geſchehen vorliegt, über ſeine juriſtiſche Bedeutung ein Urtheil zu ſchöpfen; dabei wird je nach der Natur des präſumtiv vorliegenden Rechtsgeſchäfts ein größerer oder kleinerer[106]) Kreis faktiſcher Momente, die für die Frage nach der rechtlichen Exiſtenz eines ſolchen Geſchäfts relevant ſind, objektiv feſtgeſtellt werden müſſen. Soll dieſe Frage rückſichtlich der Tradition auch nur aufgeworfen werden, ſo muß zuförderſt feſtſtehen, daß der Beſitz einer Sache von der einen Perſon der andern eingeräumt worden iſt, denn darin beſteht die nothwendige Form dieſes Geſchäfts; allein keineswegs iſt damit jene Frage beantwortet: Wer hinzutritt, wo ein Menſch einem andern irgend welche Sache etwa mit den Worten „da haſt du" in die Hand gibt, — der weiß vorläufig nur ſoviel, daß die Detention der Sache von dem Einen auf den Andern mit dem Willen des Erſteren übergegangen iſt; für die rechtliche Bedeutung dieſes Aktes läßt ſich daraus allein nichts entnehmen; ſoll dieſelbe ermittelt werden, ſo kann dieß nur mit Zuhilfenahme anderweitig erforſchter Umſtände geſchehen, und ſoll in obigem Vorgang das Rechtsgeſchäft der Tradition als vollzogen erkannt werden, ſo muß aus dem ganzen Sachverhalt heraus feſtgeſtellt werden, einmal daß die handelnden Perſonen mit jenem Akt eine Tradition (im eigentlichen Sinn) vornehmen wollten, und ſodann daß ſie dieſe

---

[106]) Dieſer Kreis iſt um ſo kleiner, je formeller das Rechtsgeſchäft iſt, um das es ſich handelt. So genügt die Feſtſtellung zweier Thatſachen (daß ein formgerechter Wechſel von einer Perſon als angenommen unterzeichnet, und daß dieſe wechſelfähig iſt), um das Vorliegen eines giltigen Acceptationsgeſchäfts zu erweiſen.

ihre Abſicht — wie die Umſtände lagen — rechtlich erreichen konnten, und folgeweiſe erreicht haben. In letzterer Beziehung iſt nur daran zu erinnern, daß ſich aus den oben (unter A. C. E.) aufgeſtellten Erforderniſſen einer giltigen Tradition, umgekehrt eine Reihe möglicher Hinderniſſe derſelben ergibt, die nur aus dem ganzen Zuſammenhang der Verhältniſſe ermittelt werden können,[107] und daß es überdieß vereinzelte Fälle ganz exzeptioneller Art gibt, wo das Geſetz aus beſondern Gründen einer ſonſt fehlerloſen Tradition die Wirkſamkeit verſagt.[108] — Was aber die in dem Faktum der Beſitzeinräumung verkörperte

[107]) Nur daraus kann ſich ergeben, ob die Tradition eine entgeltliche oder unentgeltliche, ob der Tradent im Moment derſelben handlungsfähig, die Sache einem Alienationsverbot unterworfen war oder nicht u. ſ. w.

[108]) Die entgeltliche Tradition ausländiſcher Lotteriepapiere iſt aus fiskaliſchen Gründen für nichtig erklärt. Gefälls-Strafgeſ. vom 11. Juli 1835. §. 438 f., 444. Aus andern Gründen erklärt es ſich, daß Reliquien und Kreuzpartikeln entgeltlich gar nicht, und unentgeltlich nur an Katholiken tradirt werden können. Das betreff. Hofdekr. ſ. bei Michel Nr. 586. Es liegen in dieſen Fällen weder geſetzliche Veräußerungsverbote vor, da keineswegs jede Veräußerung der angeführten Gegenſtände nichtig iſt, noch können dieſelben unter die res extra commercium geſtellt werden, da ſie der privatrechtlichen Herrſchaft keineswegs gänzlich entzogen ſind (Beſitz und Eigenthum iſt an ihnen möglich, nicht aber Pfandrecht), ſ. Unger I. S. 366. N. 16. — Ueber ſinguläre Traditions-Hinderniſſe des röm. Rechts, die in das öſterr. Recht nicht übergegangen ſind, ſ. Beilage 1. lit. A—D, und insbeſondere über die Beſtimmungen des §. 41. Inst. de rer. div. 2, 1. die Beil. 2. In wie weit auch dieſe letzteren im öſterr. Rt. beſeitigt ſind, kann zufolge der mißlungenen Faſſung des §. 1063 a. b. Gb. (richtiger das Sächſ. Gb. §. 1094) fraglich erſcheinen. Der angeführte §. lautet: „Wird die Sache dem Käufer von dem Verkäufer, ohne das Kaufgeld zu erhalten, übergeben, ſo iſt die Sache auf Borg verkauft, und das Eigenthum derſelben geht gleich auf den Käufer über.“ Die Frage iſt nun die, ob hiernach der Eigenthums-Uebergang ſelbſtſtändig und unmittelbar aus der Tradition erfolgt, oder nur weil und wenn in derſelben zugleich ein ſtillſchweigender Kreditvertrag liegt; m. a. W. ob der Verkäufer das Eigenthum überträgt, weil er tradirt hat, oder aber weil er, indem er tradirte, kreditirt hat? Erſteres wäre gleichbedeutend mit der gänzlichen Aufhebung der bekannten römiſchen Rechtsregeln über Tradition verkaufter Sachen, nach der letztern Auffaſſung dagegen würde die Geltung derſelben auch für das öſterr. Rt. durch unſern §. vielmehr vorausgeſetzt und überdieß die Interpretationsnorm hinzugefügt, daß die pretio non soluto erfolgte Erfüllung des Kaufvertrags durch den Verkäufer im Zweifel beweiſe, dieſer habe „auf Borg verkauft“ (fidem emtoris secutus est; in

rechtliche Willensmeinung der Parteien betrifft, ſo geht dieſelbe aus dieſem Faktum an und für ſich betrachtet (nuda traditio) nicht hervor, denn die Beſitzertheilung iſt nicht charakteriſtiſche Form des Traditionsgeſchäfts in dem Sinn,[109]) daß aus dem Vorliegen jener Form

---

creditum ei abiit. §. 41. J. cit. L. 5. §. 18. D. tributor. act. 14, 4); ausgeſchloſſen wäre demnach der Eigenthumsübergang, wenn jener beweiſen kann, er habe trotzdem, daß er tradirte, nicht kreditiren wollen, z. B. da er im Zeitpunkt der Tradition irrthümlich annahm, der Kaufpreis ſei bereits bezahlt. Daß es Fälle der Art gebe, wo aus der Thatſache der Tradition ein ſtillſchweigendes in creditum abire ſchlechterdings nicht gefolgert werden kann, wurde bei Abfaſſung des §. 1063 a. b. Gb. augenſcheinlich überſehen; der kategoriſche Satz: „Wird die Sache . . . übergeben, ſo iſt . . . auf Borg verkauft", erweiſt ſich als thatſächlich unrichtig, und ſomit bleibt die Frage offen, was iſt Rechtens, wenn der Verkäufer zwar übergeben (zu Eigenthum), aber dennoch nicht auf Borg verkauft hat? Dieſelbe muß m. E. im Sinn der oben zuerſt angeführten Auffaſſung dahin beantwortet werden, daß das Eigenthum ſofort dem Käufer erworben wird. Denn der legislative Zweck des §. 1063 iſt, wie mir ſcheint, denn doch die Beſeitigung der betreffenden Sätze des röm. Rechts, deren innere Unhaltbarkeit (ſ. die angef. Beilage) dem geſunden juriſtiſchen Takt nicht entgehen kann; nur in der legislativen Form, dem Mittel zur Erreichung dieſes Zweckes hat man ſich vergriffen. Man ſtand hier in bewußtem Gegenſatz zum R.=R. („das R.=R. ſtellt zwar den Satz auf, daß das Eigenthum einer verkauften Sache, ungeachtet der Uebergabe nicht übertragen werde, wenn . . . Unſer Geſetz macht die Uebergabe aus dem abgeſchloſſenen Kaufe zum entſcheidenden Merkmal." Zeiller III. S. 364, Note * u. vgl. das weſtgal. Gb. §. 189, 190. hat aber dieſem Gegenſatz nicht den adäquaten Ausdruck gegeben: anſtatt dem R.=R. ſelbſtſtändig entgegentretend zu ſagen „die Verkaufstradition überträgt das Eigenthum auch ohne Kreditvertrag", hat man nach Aufſtellung der obigen Interpretationsregel das R.=R. gleichſam mit deſſen eigenen Waffen ſchlagen wollen, indem man ſagte, „jene Tradition bewirkt immer Eigenthum, weil ſie ja ſtets den Kreditvertrag mit ſich führt." — Unſere Commentatoren übergehen die hier angeregte Frage; die Beiſpiele, mit denen ſie ſich ad §. 1063 beſchäftigen, gehören durchgehends nicht hierher (Nippel VII. S. 182 f., Stubenrauch III. S. 254, Zeiller III. S. 362 f.), da in den dort referirten Fällen die Entſcheidung der Eigenthumsfrage nicht von der Kreditirung, beziehungsweiſe der Auslegung des §. 1063, ſondern davon abhängt, ob unter den angegebenen Umſtänden überhaupt Kauf und Tradition vorliege.

[109]) So waren zur Zeit des klaſſiſchen R.=Rts. die Mancipatio und In Jure Cessio charakteriſtiſche Formen der *datio*, indem es ſich hier ſtets aus den solennia verba des Empfängers (Gajus I. 119, II. 24) ergab, in welches Rechtsverhältniß zur Sache er durch den Uebertragungsakt gebracht werden ſollte.

gerade nur auf diesen Inhalt (Tradition) als den beiderſeits beabſichtigten geſchloſſen werden dürfte, vielmehr bleibt die Frage hier noch durchaus offen,[110]) welches Verhältniß zur übergebenen Sache für den Empfänger begründet werden ſollte (Detention, juriſtiſcher Beſitz, Pfandrecht, Servitut, Eigenthum), da eine ausdrückliche Willenserklärung hierüber nicht mit zur weſentlichen Form des Geſchäfts gehört. Wo daher eine ſolche nicht vorliegt, da muß die betreffende Willensmeinung anderweitig aus den Umſtänden erſchloſſen werden, man muß den ganzen Zuſammenhang der Verhältniſſe, unter denen und aus denen die Uebergabe erfolgte, darauf anſehen, ob mit letzterer die Beſtellung eines dinglichen Rechts beabſichtigt war, oder nicht. Die thatſächlichen Momente, welche im einzelnen Fall zu einem derartigen Schluß etwa berechtigen, können von der verſchiedenſten Art und, wie eben die Dinge liegen, von größerem oder geringerem Gewicht ſein: von ganz beſonderer Bedeutung aber iſt für die vorliegende Frage der Umſtand, wenn etwa ſchon vor der Uebergabe zwiſchen den Parteien ein Rechtsverhältniß beſtand, welches den Uebergeber rückſichtlich der in Rede ſtehenden Sache zur Verleihung des Eigenthums (Pfandrechts, u. ſ. w.) an den Empfänger rechtlich verpflichtet erſcheinen läßt;[111]) denn hier iſt die Annahme gerechtfertigt, daß Erſterer die Uebergabe behufs Erfüllung dieſer ſeiner Obligatio, alſo im Sinne des Inhalts derſelben, habe vornehmen wollen. Die kauſale Obligation, wo eine ſolche vorliegt, hat für denjenigen, der den rechtlichen Charakter eines beſtimmten Uebergabsakts zu erkennen oder zu erweiſen hat, die Bedeutung einer Erkenntnißquelle bezüglich des in jener mehrdeutigen Form enthaltenen Parteiwillens; ganz dieſelbe Bedeutung aber hat nothwendig der Umſtand, daß eine ſolche Obligation, wenn ſie gleich in der That nicht beſtand, von beiden Parteien[112]) als beſtehend vorausgeſetzt wurde, denn

[110]) Auch gibt es eine rechtliche Präſumtion für oder gegen eine beſtimmte Causa nicht, wie man früher wohl zuweilen annahm; ſ. z. B. Leyſer, Medit. ad Pand. vol. 6. spec. 423. m. 1. Ex simplici traditione donatio non praesumitur, sed magis venditio etc.

[111]) z. B. ein Kaufvertrag über die betreffende Sache, oder ein Teſtament, welches den Erben verpflichtet, dieſelbe dem Empfänger als Legatar zu tradiren.

[112]) Erweiſt ſich, daß jede der beiden handelnden Perſonen ein anderes Rechtsgeſchäft als durch die Uebergabe erfüllt gedacht hat, ſo iſt nichts deſtoweniger

für die hier geſuchte ſubjektive Relation iſt die Realität jener Thatſache durchaus irrelevant: wer eine vermeintlich ſchuldige Summe bezahlt, thut dieß ebenſo gewiß animo solvendi (ſomit animo dominii transferendi), als hätte er ſie wirklich geſchuldet.

Eine weſentlich andere Frage, deren Beantwortung jedoch ſchon aus dem Bisherigen erhellen muß, iſt die, ob das Vorhandenſein eines auf Tradition gerichteten obligatoriſchen Rechtsverhältniſſes zwiſchen Geber und Empfänger (aus Vertrag, Teſtament u. ſ. w.) materielle Vorausſetzung der Giltigkeit dieſes Rechtsgeſchäftes ſei; m. a. W. ob die Tradition allein und durch ſich ſelbſt die Kraft habe den intendirten Rechtserfolg zu erzeugen, oder ob ſie dieß nur im Stande ſei, wenn und in ſoweit ſie als Erfüllungsakt einer beſtehenden Obligation auftritt. Daß Letzteres nicht der Fall iſt, folgt unmittelbar aus dem Weſen der Tradition als dinglichem Vertrag, welcher einzig und allein auf dem in der erforderlichen Form verkörperten Willen der Parteien beruht, und deſſen Wirkung unabhängig vom Daſein oder Nichtdaſein anderweitiger Rechtsverhältniſſe unter den Kontrahenten eintritt.[113]) Dieſe Wirkung beſteht darin, daß das betreffende dingliche Recht an der Sache dem Empfänger erworben wird, und ſie tritt ein ſobald der Vertrag perfekt, d. h. die Beſitzübergabe in der beiderſeits erforderlichen Willensmeinung erfolgt iſt. Dabei kann es keinen Unterſchied machen, ob die Tradition abgeſchloſſen wurde, um eine rechtsgiltige oder eine nur irrthümlich angenommene Verpflichtung des Gebers gegen

---

eben dadurch, falls nur die eingebildeten Geſchäfte beide auf Eigenthumsübergang gerichtet waren (Schenkung — Darlehen), der erforderliche beiderſeitige Traditionswille dargethan; ſonſt aber der Mangel desſelben auf Seiten des Gebers (Depoſitum — Schenkung), oder des Nehmers (Schenkung — Depoſitum), oder beider (Depoſitum — Commodat.).

[113]) Der Traditionsvertrag ſteht zu dem betreffenden obligatoriſchen Rechtsgeſchäft (causa in dieſem Sinne) nicht anders, als z. B. der Darlehensvertrag (mutuum) zum Darlehens-Vorvertrag (pactum de mutuo dando) oder der Kauf zum pactum de vendendo. Auch durch letztwillige Verfügung kann die Verpflichtung zum Abſchluß eines obligatoriſchen Vertrags begründet ſein; erweiſt ſich dieſe Verpflichtung als ungiltig, ſo hat dieß keineswegs die Nichtigkeit des auf Grund derſelben geſchloſſenen weiteren Vertrags (Kauf) zur Folge; wohl aber kann der Erfolg desſelben unter Umſtänden wieder aufgehoben werden (durch exceptio oder condictio), ebenſo wie dieß auch bei der Tradition der Fall iſt. Vgl. darüber

den Nehmer zu erfüllen,[114]) oder ob eine derartige Verpflichtung unter den Kontrahenten bewußterweiſe nicht beſtand.[115]) Wer alſo den Erwerb des Eigenthums durch Tradition behauptet, dem liegt lediglich ob nachzuweiſen, daß ihm (unter Zuſammentreffen der oben unter A—E angegebenen Vorausſetzungen) der Beſitz der Sache in jener beſtimmten Willensmeinung übertragen worden ſei, und ſofern letzteres (durch ausdrückliche Erklärung, Geſtändniß u. ſ. w.) anderweitig feſtſteht,[116]) iſt zur Begründung ſeines Anſpruchs eine Rückbeziehung auf ein jenem Erwerbsvertrag zu Grunde liegendes obligatoriſches Verhältniß (resp. Nachweiſung desſelben) nicht erforderlich.[117])

L. 5. pr., §. 1. D. act. emti 19, 1. — Es beſteht hier in der That ein vollſtändiger Parallelismus, der nur darum überſehen wird, weil das hier beſprochene Verhältniß einer vorgängigen Verpflichtung zum Abſchluß beim obligatoriſchen Vertrag nur ſelten vorzukommen pflegt, während es beim dinglichen die Regel bildet.

[114]) Soll in dieſem Fall (traditio als solutio indebiti) das Eigenthum übergehen, ſo wird freilich bona fides des Empfängers erfordert; allein die im entgegengeſetzten Fall eintretende Nichtigkeit der Tradition beruht nicht auf dem Mangel einer kauſalen Obligation, ſondern auf dem Betrug (furtum), deſſen ſich der Nehmer durch wiſſentlichen Empfang des Indebitum ſchuldig macht. Siehe unten VII. Note 24.

[115]) Dieß iſt der Fall nicht nur beim Handgeſchenk und Handdarlehen, ſondern auch bei jeder datio ob causam, wenn ein darauf bezügliches pactum nicht vorherging, und in andern dem oben N. 99 gegebenen Beiſpiel analogen Fällen.

[116]) Wie durch den Nachweis einer mündlichen Erklärung, ſo kann dieſer Beweis auch durch Produktion einer Urkunde geführt werden, worin der Tradent ohne Erwähnung der causa lediglich ſeinen animus dominii transferendi erklärt hat. (Cautio indiscreta über den dinglichen Vertrag.)

[117]) Iſt der Beklagte ſelbſt der Tradent, und glaubt er vermöge einer beſtimmten Beſchaffenheit der causa trotz der Giltigkeit ſeiner Tradition ein Recht auf das Behalten der Sache zu haben, ſo liegt es ihm ob, dieſelbe nachzuweiſen und darauf eine Einrede zu gründen. z. B. A hatte eine von ſeinem Erblaſſer dem B vermachte Uhr dieſem tradirt; ſie war letzterem geſtohlen worden und wieder in A's Beſitz zurückgekommen, ohne jedoch deſſen Eigenthum (§. 367) zu werden: nun vindizirt B gegen A die Uhr auf Grund der Tradition, indem er, ohne die causa derſelben zu berühren, A's Willen, ihm die Uhr zu Eigenthum zu geben, aus deſſen eigenen Erklärungen nachweiſt. A's Sache iſt es nunmehr, zu behaupten und zu beweiſen, daß jene Tradition auf Grund einer letztwilligen Verfügung vorgenommen worden ſei, die für ihn, den Beklagten, eine Verpflichtung zu derſelben zu begründen ſchien, daß aber dieſe Verfügung ſich als nichtig erwieſen, er alſo in Wahrheit

Gegen den hier entwickelten Grundſatz läßt ſich nicht geltend machen, daß das a. b. Gb. (§. 380, 424, 425) von dem Erforderniß eines Erwerbstitels für die Uebergabe ſpricht: denn die betreffenden, rein doktrinären Sätze entbehren jeder materiellen Bedeutung;[118]) in der generellen Aufſtellung dieſes Requiſites für den Rechtserwerb überhaupt gibt nämlich das Geſetzbuch die zur Zeit ſeiner Abfaſſung herrſchende Lehre vom titulus (und modus) aquirendi wieder, welche bekanntlich die Summe der Thatſachen, wodurch die Entſtehung des einzelnen Rechts in concreto herbeigeführt wird, unter jene beiden allgemeinen Kategorien mehr oder weniger mühſam unterzubringen ſuchte. Speziell für die Tradition fand man in den Verträgen,[119]) letztwilligen Verfügungen u. ſ. w., welche die Veranlaſſung zur Tradition bilden können, den titulus, im Akt der Apprehenſion aber den modus aquirendi (§§. cit.). So unbrauchbar nun aber dieſe Lehrbegriffe für die Theorie ſind,[120]) ſo wenig haben ſie auf die Normirung der einzelnen Rechtsverhältniſſe ſelbſt beſtimmenden Einfluß geübt, und ſo zeigt es ſich gerade auch bei der Traditionslehre deutlich, daß die Lehre vom Titulus, ein Spiel der in's Unbeſtimmte abſtrahirenden Theorie, nirgends praktiſche Konſequenzen nach ſich zieht. Denn aus den an die Spitze des III. und des V. Hauptſtücks geſtellten §§. (380, 424, 425), in ſoferne darin ein wahres Erforderniß des Rechtserwerbs aufgeſtellt ſein ſollte, müßte ſich folgerichtig ergeben, daß in jenen oben erörterten Fällen, wo vor der Tradition ein auf dieſelbe ſich beziehendes Rechtsverhältniß unter den Parteien (alſo ein Titel im Sinn jener §§.) nicht beſtand, die Tradition ſelbſt ungiltig ſein müſſe; nichts deſtoweniger aber wird das Gegentheil

---

ein indebitum geleiſtet habe. Die Thatſachen, welche, wenn B Beſitzer geweſen wäre, für A die cond. indeb. begründet hätten, geſtalten ſich hier in der Hand des Beklagten zum Vertheidigungsmaterial und bewirken die Abweiſung des Klägers mittelſt exceptio (doli.).

[118]) S. darüber und über die Lehre vom titulus aquirendi überhaupt Unger II. §. 72.

[119]) Unter dem „Vertrag" in §. 424 iſt, wie überall im bg. Gb., nur der obligatoriſche Vertrag zu verſtehen. Vgl. oben S. 5, N. 8.

[120]) Dieß iſt für das gem. Rt. jetzt allgemein anerkannt. (Zuerſt hat Hugo, Civ. Magazin IV. S. 145 f. den modus aquirendi mit dem Beiwort „ſogenannt" — „gebrandmarkt".) Für das öſterr. Recht, Unger II. S. 8 f., Stubenrauch I. S. 751.

ſchon von jenen ältern Schriftſtellern anerkannt, welche noch auf dem Boden jener heut zu Tage überwundenen Theorie ſtehen; ſo namentlich, daß die Tradition giltig iſt, wo ihr eine blos irrthümlich vorausgeſetzte Obligatio zu Grunde liegt,[121]) und ebenſo, wo ein ſolches Rechtsverhältniß nicht einmal als ein putatives vorliegt, wie beim Handgeſchenk[122]) und in jenen Fällen, wo ein Mißverſtändniß zwar das Zuſtandekommen eines obligatoriſchen Vertrags,[123]) nicht aber die Willenseinigung bezüglich des Eigenthumsüberganges ausſchloß.

So konnte die in das Geſetzbuch aufgenommene falſche Theorie zwar für lange Zeit den richtigen Standpunkt für die theoretiſche Konſtruktion des Traditionsvertrags verrücken:[124]) der Sache nach aber hat nach öſterreichiſchem wie nach gemeinem Recht immer die unabhängige dingliche Wirkſamkeit der Tradition gegolten.

---

[121]) Die Klage aus §. 1431 wird als condictio indebiti bezeichnet und der Eigenthumsklage entgegengeſetzt, der Eigenthumsübergang in den hiehergehörigen Fällen alſo vorausgeſetzt. Zeiller IV. S. 162, 165, Nippel VIII. S. 187. Letzterer macht hier einen unglücklichen Verſuch, dieſen Rechtsſatz mit dem Requiſit des Titels zu vereinigen.

[122]) Hier half man ſich durch die Fiktion, daß mit der Hingabe ein Schenkungsvertrag (Titel) zugleich geſchloſſen und erfüllt werde, alſo titulus und modus aquirendi „in dem nämlichen Akte zuſammentreffen". Nippel III. S. 255.

[123]) Vgl. oben Note 100. — Zeiller III. S. 36, Nippel VI. S. 58. — Auch braucht der Titel, nach Nippel III. S. 358, 359, nicht gleichzeitig mit der Uebergabe vorhanden zu ſein, ſondern kann derſelben ebenſowohl nachfolgen. — Die von N. in ſeinem (a. a. O. Nr. 6) gegebenen Beiſpiel getroffene Entſcheidung, daß erſt mit dem nachträglichen Abſchluß des Kaufes „das unwiderrufliche Eigenthum" an den Empfänger übergehe, iſt nur dann richtig, wenn damit geſagt ſein ſoll, daß, falls der in Ausſicht genommene Kauf hinterher nicht zu Stande käme, der Tradent mittelſt cond. sine causa (§. 1435) den Empfänger zur Herausgabe der Sache verhalten könne.

[124]) Durch dieſe Lehre wurde die Bedeutung der Tradition theoretiſch herabgeſetzt, ſie erſchien als ein Unſelbſtſtändiges, Halbes, ein Akt, der für ſich allein einen Rechtseffekt nicht zu bewirken im Stande ſei; ſ. z. B. Glück VIII. S. 113, Weſtphal, Syſtem des R.-R. von den Arten der Sachen u. ſ. w. (1791) S. 386: „Die Tradition iſt eine todte Handlung; der dabei vorkommende Titel muß ihr das Leben, den Geiſt und die eigentliche Richtung mittheilen." — Doch findet ſich die richtige Auffaſſung ſtellenweiſe ſchon bei Zeiller und Nippel mehr gefühlt, als durchgeführt. Vgl. Zeiller IV. S. 158 (zu §. 1432), III. S. 36, Nippel III. S. 352, cf. §. 40. J. de rer. div. 2, 1.

IV.

Der Apprehensions-Akt.

Die Perfektion des Traditionsvertrags tritt ein, sobald der Nehmer mit dem Willen des Gebers den Besitz ergriffen (apprehendirt) hat, und zwar den Sachbesitz bei der eigentlichen, den Rechtsbesitz bei der s. g. Quasi-Tradition. Dieser Apprehensionsakt soll im Folgenden (zunächst abgesehen vom Fall einer Stellvertretung) näher bestimmt werden.

1) Apprehension des Sachbesitzes.[1])

Die Frage ist hier: was muß geschehen sein, damit der Empfänger in den Besitz der Traditionssache gesetzt erscheint? Die Antwort, welche das österreichische Recht (b. Gb. §. 309) nach dem Vorgang der römischen Quellen hierauf gibt, ist eine zweigliedrige; zwei Momente müssen vorliegen, die durch ihr Zusammentreffen die Thatsache des Besitzes erzeugen: ein bestimmter Wille des Nehmers (die innere Thatsache), und ein gewisses äußeres Verhältniß desselben zur Sache.[2]) (Et

---

[1]) Savigny, Besitz (7. Aufl. 1865) §. 15 f., Lenz, Recht des Besitzes 1860. S. 168 f., Baron, zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes. Jahrb. f. Dogm. VII. 3, S. 39 f. (1864), Zielonacki, Besitz (1854) S. 83 f., Randa §. 11.

[2]) Corpus und animus werden von den röm. Juristen durchweg als koordinirte Elemente des Besitzes hingestellt; dagegen ist es in neuerer Zeit beliebt geworden, das corpus im animus aufgehen zu lassen, es als „Moment des Besitzwillens“ diesem als der „Energie des Geistes“ einzuverleiben. (So Lenz S. 170 auf Anregung von Kierulff, Civilrecht S. 341 f., 378.) Freilich, wenn man

apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. L. 3. §. 1. D. de aqu. possess. 41, 2.) Der Besitzwille (animus) tritt hier, wo von Apprehension als Element einer Tradition die Rede ist, in der konkreten Form des Empfangswillens auf,[3]) über welchen bereits oben (S. 53 f.) das Nöthige gesagt ist, daher sich die folgende Untersuchung auf die Frage nach dem Wesen des „corpus" beschränken darf.

Das corpus der Besitzergreifung liegt nun im Allgemeinen darin, daß der Apprehendent in ein physisches Verhältniß (darum corpus, im Gegensatz zum animus) zur Sache tritt, ein Verhältniß, welches schon darum rein faktischer Natur sein muß, weil der Besitz selbst Faktum ist, und als solches unmöglich auf einem rechtlichen Element beruhen kann;[4]) es ist dasselbe aber ein Gewaltverhältniß, welches die Person in die Lage versetzt, ihren Besitzwillen zu realisiren, die Sache faktisch zu beherrschen (Innehabung, Detention, naturalis possessio), ganz abgesehen davon, ob diese Herrschaft vom Recht garantirt oder verdammt wird. — Ein so geartetes Verhältniß zwischen Person und Sache liegt gewiß und augenscheinlich dann vor, wenn Jemand ganz eigentlich auf der Sache sitzt (possessio appellata est a sedibus, . . . L. 1. pr. D. h. t.), auf ihr steht, sie in der Hand oder Tasche hat, oder wenn sie so vor ihm liegt, daß er nur hinzugreifen und sie

als „wirklichen" Besitzwillen nur denjenigen gelten läßt, der verwirklicht, d. h. mit der Detention verbunden ist, so hat man in diesem Willen unzweifelhaft das einzige Element des Besitzes; allein der Vortheil dieser neuen Formulirung ist nicht abzusehen, im Gegentheil scheint mir durch dieselbe gerade die Klarheit wieder aufgegeben, welche die scharfe Methode der röm. Jurisprudenz in den Besitzbegriff eben dadurch gebracht hat, daß sie ihn in jene beiden Faktoren zerlegte. — Gegen Lenz s. auch Baron S. 47, Randa a. a. O. N. 1.

[3]) Die allgemeine Formel des Besitzwillens: die Sache „als die seinige zu behalten" (§. 309) spezialisirt sich hier dahin: die S. als die seinige zu erhalten.

[4]) Dieß wird neuerdings von Baron verkannt, welcher seine neue Apprehensionstheorie wesentlich auf den Grundsatz stützt, „daß Niemand ein fremdes Grundstück ohne Willen des Detentors betreten darf" (S. 107); allein auf das Dürfen kommt es hier überall gar nicht an, sondern lediglich auf das Können; s. die Anmerkung, S. 113. — In ähnlicher Weise kam schon Nippel (III. S. 57), indem er die rein faktische Grundlage der Detention völlig aus den Augen verlor, zu dem ganz schiefen Begriff einer „moralischen Innehabung".

einzustecken brauchte, denn hier ist es so gut, als hätte er sie bereits in der Tasche. Allein schon bei näherer Betrachtung dieses letzten Beispiels zeigt sich, daß der Begriff der Detention keineswegs so einfach und leicht bestimmbar ist, als es auf den ersten Blick wohl den Anschein hat; denn mag es auch wahr sein, daß ich eben so sicher Herr des vor mir am Boden liegenden Apfels bin, als hätte ich ihn in der Hand, so ist doch sofort klar, daß dasselbe nicht gesagt werden kann, wenn der Apfel in einer sehr bedeutenden Entfernung von mir liegt. Wo ist hier die Grenze? Die objektive, d. h. durch das äußere physische Verhältniß zur Sache gegebene Möglichkeit der Beherrschung ist kein Absolutes, sondern kann dem Grade nach sehr verschieden sein; und dieser Grad steht in der Regel — um von allen andern Momenten, die außerdem noch als fördernd oder hemmend in Betracht kommen können, vorläufig abzusehen — im umgekehrten Verhältniß zur Größe des Raumes, der zwischen Subjekt und Objekt liegt. Wie groß muß nun aber die Möglichkeit der Beherrschung — und wie klein muß also in unserem Beispiel etwa jener Zwischenraum sein, damit Detention angenommen werden kann? Es versteht sich von selbst, daß auf diese Frage eine bestimmte, quantitativ entscheidende Antwort nicht gegeben werden kann,[5]) und daß dieß in unzähligen anderen Fällen eben so unthunlich sein wird. Auch wenn man „unmittelbare" Möglichkeit[6])

[5]) Die Glosse hat bekanntlich für diesen Fall versucht eine bestimmte Grenze zu stecken, nämlich: so weit das Auge reicht. (Glossa in L. 1. §. 1. D. a. possess.) —. Allein daß eine Sache sehen („per 10 miliaria") und sie besitzen, zweierlei ist, liegt auf der Hand; wie es aber zu verstehen sei, wenn die röm. Juristen hie und da das in conspectu esse als Kriterium der vorhandenen Detention hinstellen, erhellt treffend aus L. 5. §. 4. D. aqu. dom. (Gajus) Examen, quod ex alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum esse intelligitur, donec in conspectu nostro est, *nec difficilis ejus persecutio est.*

[6]) Daß der Begriff der Detention dadurch nicht präzisirt wird, erkennt Windscheid (I. S. 380) an, indem er die „unmittelbare Möglichkeit" weiter als eine solche bezeichnet, die nicht „in eine zu weite Ferne hinausgerückt" ist. — Wenn Windscheid außerdem verlangt, daß diese Möglichkeit eine „gegenwärtige" sei, so ist dieß wohl überflüssig; denn beruht der Zustand der Detention auf jener Möglichkeit, so heißt das eben, die letztere muß (in größerem oder geringerem Grad) vorhanden sein; war sie, oder wird sie erst sein, so ist sie eben nicht, und so lange kann selbstverständlich auch von Detention nicht die Rede sein. Dasselbe gilt gegen Randa S. 105, welcher „sofortige physische Möglichkeit" u. s. w. verlangt.

der Einwirkung verlangt, so ist damit nichts gewonnen, denn (abgesehen davon, daß es streng genommen unmittelbare Herrschaft des Willens über ein Ding außer uns überhaupt nicht gibt) entsteht im besonderen Fall sogleich wieder die Frage, wie weit reicht diese Unmittelbarkeit, und wo hört sie auf? Es läßt sich also eine allgemein giltige Formel nicht aufstellen, wonach der konkrete Fall gemessen und strikte festgestellt würde, ob Detention vorliegt, oder nicht. Was von vornherein im Allgemeinen gesagt werden kann, ist nur dieß: zuförderst ist gewiß, daß derjenige, dem Detention zugeschrieben werden soll, im Vergleich zu allen anderen Personen in einem (relativ) näheren Verhältniß zur betreffenden Sache stehen muß, so daß ihm die Beherrschung derselben der Art vorzugsweise ermöglicht ist, daß er vermöge seiner Position zur Sache in einem etwaigen Streit um dieselbe nothwendig als der angegriffene, abwehrende Theil erscheint; wobei aber durchaus nicht vorausgesetzt wird, daß ihm das Gelingen dieser Abwehr durch seine Lage gesichert, oder auch nur wahrscheinlich gemacht sei.[7]) Dieses relative Moment aber reicht nicht aus; damit allein, daß man der Sache näher ist, als irgend sonst Jemand, ist man noch nicht Detentor derselben, vielmehr muß der Inhaber auch an sich so zur Sache stehen, daß man von ihm sagen kann, er hat sie, nicht bloß, er kann oder wird sie bekommen; seine Lage als solche muß ihn bereits als Herrn der Sache erscheinen lassen und in ihm selbst das Bewußtsein seiner Herrschaft zu erzeugen[8]) und zu rechtfertigen im Stande sein. Ob nun

---

[7]) Savigny's Ausdrucksweise, auch noch in der mit der 6. Ausgabe angenommenen Modifikation, ist nicht zutreffend: daß „jede fremde Einwirkung verhindert werden kann" (7. Aufl. S. 26) ist in der That nicht erforderlich und kaum denkbar; auf den Grad dieser Möglichkeit (a. a. O. N. 1) aber kommt gar nichts an, denn unzweifelhaft detinirt auch das schwächste Kind die Sache, die es in der Hand hält. — Der Formulirung Savigny's folgen Puchta Pand. §. 122, Arndts §. 135, Mühlenbruch §. 230 n. A. Dagegen Windscheid §. 153. Note 3.

[8]) Es ist namentlich das Verdienst von Bruns (Rt. d. Bes. S. 437, 466), es scharf hervorgehoben zu haben, daß auch das Verhältniß der Detention kein blos physisches ist, sondern im Subjekt ebenfalls ein bestimmtes Willensmoment voraussetzt, welches sich vom Besitzwillen nur qualitativ unterscheidet, während noch Savigny (S. 26, vgl. S. 238) das „Bewußtsein physischer Herrschaft"

diese seine Lage wirklich so beschaffen sei, das ist eine Frage, die — da sich spezielle Thatsachen zum Voraus nicht angeben lassen, bei deren Zutreffen Detention stets vorliegen müßte[9]) — unter Berücksichtigung der obwaltenden Umstände von Fall zu Fall durch das arbiträre Ermessen des Richters beantwortet werden muß; wie die Detention selbst ein Faktum, so ist die Frage, die sich der Richter hier in concreto vorzulegen hat, nothwendig eine quaestio facti:[10]) ob nämlich das thatsächliche Verhältniß der Person zum Gegenstand als ein „in seiner Macht oder Gewahrsame haben" mit Recht angesehen werden konnte.

Besondere Beachtung verdient hier noch der Begriff der „Gewahrsame" (custodia), einmal weil ihn das a. b. Gb. ausdrücklich in die Definition der Innehabung (§. 309) aufgenommen hat, dann weil in neuerer Zeit der Versuch gemacht worden ist, denselben der gesammten Besitztheorie zu Grunde zu legen. — Es entsteht hiebei zuförderst die Frage nach dem Verhältniß, in welchem die beiden Begriffe „Macht" und „Gewahrsame" gegen einander zu denken sind; und auf den ersten

---

wohl für den Besitz, nicht aber für die Detention verlangt. Dagegen schon Donellus, Comm. V. 13. §. 4. *Tenere* non est corpore rem attingere, sed ita attingere, ut *affectionem tenendi* habeas.

[9]) Kann man dieß doch nicht einmal für den Fall des eigentlichen Daraufsitzens behaupten: denn wer an allen Gliedern gefesselt auf einen Tisch geworfen wird, der sitzt wohl auf demselben, er kann ihn aber nicht besitzen, wenn er auch wollte. — S. schon Leyser, ... necesse est, ut illam (sc. rem) in potestatem suam redigat, quod per solam adprehensionem (Berührung) non semper fit. sp. 439. m. 1. Eine Bemerkung, von der übrigens in med. 2. l. c. eine ganz falsche Anwendung gemacht wird.

[10]) Während unter den Neueren namentlich Lenz S. 72 und Windscheid I. S. 380. N. 4. sich für diese Undefinirbarkeit erklären, macht es Baron S. 52 f. der Savigny'schen Theorie zum schweren Vorwurf, „daß sie keine bestimmten Prinzipien für den Besitzerwerb an Mobilien an die Hand gibt" und glaubt an die Jurisprudenz das Verlangen stellen zu dürfen, „in denjenigen Fällen, wo die schlichte Einsicht des Laien nicht ausreicht, genau bestimmte, nach allen Seiten hin begrenzte Regeln aufzustellen." Allein die Natur der Detention selbst verbietet dieß schlechterdings, und jeder Versuch der Art muß daher von vornherein als ein vergebliches Beginnen erscheinen. — Wenn Savigny's Bestimmung des corpus ein Vorwurf zu machen wäre, so könnte es im Gegentheil nur der sein, daß dieselbe bestimmter gefaßt scheint (S. 26, 238, vgl. oben Note 7), als sie in der That gemeint ist.

Blick möchte es scheinen (— dafür spricht namentlich auch der Wortlaut des §. 309, verb. „Macht oder Gew." —), als hätten wir es hier mit zwei coordinirten Begriffen zu thun, so daß also der Zustand der Innehabung begründet werden könnte entweder durch „Macht", d. h. durch Herstellung eines Gewaltverhältnisses der oben beschriebenen Art, oder durch „Gewahrsame", — wobei freilich vor der Hand noch dahingestellt bleiben müßte, was man sich unter dieser Gewahrsame, die nicht Macht sein soll, zu denken hätte. Allein diese Auffassung erweist sich bei näherer Untersuchung als völlig unhaltbar: die custodia der Römer, wo ihrer als corpus des Besitzes gedacht wird (das Nähere hierüber wird sich bei Betrachtung der einzelnen hierher gehörigen Fälle unter lit. d. ergeben), und die gleichbedeutende „Gewahrsame" des §. 309 erscheint nicht als etwas spezifisch Verschiedenes neben der „Macht", sondern lediglich als eine besondere Bethätigungsform derselben, ist daher dieser begrifflich untergeordnet.[11]) Wenn aber gleichwohl die „Gewahrsame" von den römischen Quellen und nach ihrem Muster vom b. Gb. besonders hervorgehoben und betont wird, so hat dieß seinen Grund darin, daß eben die custodia ihrer inneren Struktur nach eine besonders qualifizirte, ausgezeichnete Form der natürlichen Herrschaftsbethätigung ist:[12])[13]) Detention nämlich als natürliches Gewaltverhältniß ist an räumliche Grenzen gebunden, über eine gewisse sehr beschränkte Entfernung hinaus ist physische Einwirkung, somit Besitzergreifung nicht möglich; daher Gegenwart der Person bei der Sache

---

[11]) Das preuß. L.-Rt. gebraucht den Ausdruck „Gewahrsam" in einem weitern Sinn, wonach derselbe überhaupt Innehabung bedeutet, somit die „Macht und Gewahrsame" des b. Gb. in sich begreift. Vgl. A. L.-Rt. I. 7. §. 1, 111 f., I. 14. §. 3. (cf. L. 39, 47. D. aqu. poss.)

[12]) Vgl. Kierulff, Civilrecht S. 384 f., Lenz S. 181, 185, Baron S. 87 f. Es ist ein Verdienst Barons, gegenüber Savigny, der beim Besitzerwerb den Begriff der custodia nur ganz nebenher mit einlaufen läßt (S. 226 f. bei der Interpretation der L. 18. §. 2. D. poss.), diesen Begriff urgirt und ihn als für die ganze Besitztheorie bedeutsam hervorgehoben zu haben; jedoch hat Baron denselben m. E. dem Umfang nach unrichtig bestimmt, und seine wahre Bedeutung für die Besitzlehre weit überschätzt. Vgl. die Anmerkung.

[13]) Hiedurch ist die besondere Hervorhebung der „Gewahrsame" neben der „Macht" in §. 309 vollkommen gerechtfertigt, mithin keineswegs eine „überflüssige Wiederholung", wie Randa S. 5. N. 11 meint.

regelmäßig Bedingung der Apprehension. Dieser natürlichen Enge des individuellen Herrschaftskreises hilft das Recht dadurch theilweise ab, daß es für den Akt der Besitzergreifung Stellvertretung zuläßt, wodurch die ergreifenden Organe des Individuums gleichsam künstlich verlängert werden, indem der rechtliche Effekt der physischen Handlungen des Repräsentanten dem entfernten dominus zu Gute kommt. Ein ganz analoger Erfolg ist aber noch auf anderem Wege erreichbar; das Instrument, mittelst dessen ich meinen natürlichen Machtkreis erweitere, braucht nicht nothwendig ein Mensch, es kann unter Umständen auch eine Sache sein, wofern nämlich diese geeignet ist, mir denselben Dienst zu leisten, d. h. eine andere Sache für mich zu ergreifen und festzuhalten, und mir so die Herrschaft über die letztere auch ohne meine Gegenwart zu sichern. Und in diesen Fällen liegt uns Innehabung, resp. Besitzergreifung mittelst „Gewahrsame" im technischen Sinn vor, deren verschiedenartige Anwendungsfälle unten näher besprochen werden sollen; hier nur noch ein Beispiel zur Veranschaulichung des Begriffs: Wenn der Pfarrer einen Kirchendiener aufstellt, um in der Kirche Almosen einzusammeln, so kommt das diesem gegebene Geldstück sofort in den Besitz des wenn auch abwesenden Pfarrers, resp. der kirchlichen Korporation, die er selbst etwa wieder vertritt; denselben Zweck aber erreicht er, indem er in der Kirche einen Opferstock errichtet, zu dem er den Schlüssel verwahrt; denn das in diesen geworfene Geldstück kommt damit ebenso gewiß in seine Gewalt, als wäre es ihm selbst in die Hand oder Tasche gelegt worden,[14]) der Opferstock fungirt hier gleichsam als seine exponirte und gegen unberechtigte Eingriffe wohl verwahrte Tasche. Es liegt darin in der That eine Analogie zur Stellvertretung,[15]) wenn man will, sachliche

[14]) Da hier überhaupt lediglich vom corpus des Besitzes die Rede ist, so ist es wohl kaum nöthig hinzuzufügen, daß dabei überall der animus, also auch das Wissen des Erwerbers von der geschehenen Einlegung u. s. w. vorausgesetzt wird; denn ohne dieses erwerbe ich ja auch nicht den Besitz einer mir in die Hand gesteckten Sache, ... non potest incipere possidere ... si quis dormienti aliquid in manu ponat ... L. 1. §. 3. D. h. t.

[15]) Wenn es im Allgemeinen wahr ist, daß Kultur die Einzelkraft des Menschen namentlich durch zwei große Faktoren erweitert, durch Assoziation und Maschinen: so kann man diese beiden Kategorien im weitesten Sinn auch auf unser Verhältniß (Detention durch Stellvertreter, durch Gewahrsame) anwenden.

Stellvertretung im Gegensatz zur persönlichen;[16]) der Opferstock in unserem Beispiel ist der steinerne Stellvertreter des Pfarrers resp. des Kirchenvermögens, der freilich, eben weil er von Stein ist, den animus nicht suppliren kann und daher auch nicht ignoranti aquirere potest (L. 1. §. 5. D. h. t.), wohl aber quoad corpus die Aufgabe eines lebendigen Stellvertreters vollständig erfüllt.

Die thatsächliche Bedeutung der Gewahrsame ist also die, daß uns vermittelst derselben die Herrschaft über eine Sache (ähnlich, wie dieß sonst durch Stellvertreter geschieht) ohne unsere unmittelbar gegenwärtige Einwirkung gesichert wird; alle die vielen möglichen Instrumente der custodia sind eben so viele Mittel, uns jene Macht in dieser bequemeren Weise zu beschaffen und zu erhalten. Bei unserer Frage nach dem corpus der Apprehension kommt es nun aber lediglich darauf an, daß ein solches Machtverhältniß zwischen Person und Sache vorliege; wie, durch welche Mittel es hergestellt wird, macht dabei keinen Unterschied; wo immer wir daher ein derartiges Verhältniß antreffen, bezeichnen wir es als Innehabung, mag es nun auf unmittelbarer (im Sinne des §. 309 müßte man hier von „Macht" im e. S. sprechen —), oder mittelbarer (nämlich durch Gewahrsame vermittelter) Beherrschung beruhen: Das Vorhandensein der Macht ist allein entscheidend.

Ist nun das Wesen der Detention im Allgemeinen, wie wir gesehen, durch das b. Gb. in §. 309 richtig aufgefaßt, so sollte die Bestimmung der Apprehension füglich weiter keine Schwierigkeiten haben; denn ist Detention das „in seiner Macht oder Gewahrsame Haben", so ist Apprehension jedweder Akt des „in seine Macht oder Gewahr-

---

[16]) Diese Gegensätze berühren sich dort, wo die stellvertretende Person vorwiegend nur um des corpus willen da ist, um dem Herrn die Detention zu sichern. Dieß ist regelmäßig der Fall beim Wächter, der zu einer Sache gestellt wird, um sie gegen jeden Dritten zu vertheidigen; er hat wesentlich die Funktion einer Mauer, oder einer anderweitigen Veranstaltung, die seine Aufgabe allenfalls auch zu erfüllen vermöchte; daher wird die Aufstellung eines solchen Wächters „custodiam ponere" genannt. L. 51. D. h. t. Vgl. dazu Brinz I. S. 67, Lenz S. 187, 188, Baron S. 104, 105. Nichts destoweniger aber ist der Wächter dennoch Stellvertreter, denn sein Bewachen (Detiniren) ist kein bewußtloses, wie etwa der Käfig den Vogel bewacht, sondern er hat das Bewußtsein und den Willen, für einen Andern zu wachen. Vgl. unten Kap. V. N. 13.

same Bringens", also jeder Vorgang, wodurch jenes Herrschaftsverhältniß thatsächlich entsteht. — Allein die ältere Doktrin[17]) setzte den Apprehensionsakt lediglich in die unmittelbare körperliche Berührung der Sache durch den Besitzergreifer, Anfassen mit der Hand bei beweglichen, Betreten bei unbeweglichen Sachen; dieser und dem preußischen Landrecht[18]) folgend hat denn auch das öst. Gb. (§. 312, 426) „physische Ergreifung, Wegführung, Uebergabe von Hand zu Hand, Betretung, Verrainung, Bearbeitung" u. s. w., kurz irgend einen körperliche Berührung involvirenden Akt als regelmäßige Form der Apprehension aufgestellt.[19]) Daß nun diese körperliche Berührung des Objekts durch die Person bei der Besitzergreifung vorkommen kann und sehr häufig vorkommt, ist freilich gewiß, aber ebenso gewiß, daß in diesem rein äußerlichen Moment das Wesen der Apprehension nicht gefunden werden kann; das „physische Ergreifen" an und für sich hat gar keine juristische Bedeutung, als insofern es der plastische Ausdruck dafür ist, daß das Verhältniß zur Sache, worauf es hier ankommt (Innehabung), wirklich eingetreten sei, dieses Verhältniß selbst aber ist von jener körperlichen Berührung ganz unabhängig (Note 9); somit kommt auf dieselbe an und für sich nichts an, sobald nur gewiß ist, daß auch ohne sie die Sache in des Empfängers „Macht oder Gewahrsame" gebracht worden ist. Der Akt, durch welchen dieses geschieht, ist die Apprehension; sein rechtlicher Gehalt und Effekt ist immer derselbe, welche äußere Gestalt er auch haben möge. Diese seine äußere Form aber kann unendlich verschieden sein, wie es das Belieben der Parteien, der Zufall der

---

[17]) S. darüber Savigny S. 206, 207.

[18]) Das A. L.-Rt. formulirt zwar das Wesen der Apprehension im Allgemeinen vollkommen richtig (I. 7. §. 51), versteht aber doch unter der „körperlichen" Uebergabe im Gegensatz zur symbolischen einen Akt „aus Hand in Hand" (I. 7. §. 61) und kennt in Folge dessen (wie das österr. Gb. §. 427. vgl. oben S. 24 f.) Sachen, „wo die Natur des Gegenstandes keine eigentliche körperliche Uebergabe zuläßt." (I. 20. §. 271.)

[19]) Zeiller (II. S. 39, 40, 44) und Nippel (III. S. 361) haben zwar den richtigen Begriff von Detention und im Allgemeinen auch vom Apprehensionsakt, allein nichts destoweniger erklärt Z. (S. 222) die „körperliche" Uebergabe einer Sache, wodurch sie dem Empfänger „in die Hand gegeben und von ihm ergriffen" wird, als die „natürlichste, wahre, eigentliche", und Nippel (Seite 360) stimmt ihm hierin bei.

Umstände, die Natur des Objekts selbst, so oder anders mit sich bringt. Es ist nach allem Obigen einleuchtend, daß sich von vornherein eine allgemeine Regel darüber nicht aufstellen läßt, was in concreto geschehen sein müsse,[20]) damit Jemand den Besitz apprehendirt habe: die Formen der Apprehension sind mannigfaltig und unabsehbar, wie das Leben, das sie erzeugt, sie lassen sich durch ein juristisches Prinzip beherrschen, aber nicht unter ein doktrinäres Schema bringen.

Sobald also, auf welche Weise immer, der Nehmer mit dem Willen des Gebers die Detention der Sache erlangt, ist die Apprehension und mit ihr die Tradition vollzogen; dabei macht es keinen Unterschied, ob Ersterer in Gegenwart des Tradenten und durch ihn in den Besitz der Sache gesetzt wird (inducere in possessionem), oder ob er in Abwesenheit desselben (aber mit seinem Willen) diesen Besitz ergreift (mitti in possessionem).[21]) —

Wenn nun auch nach dem Gesagten die möglichen Formen der Apprehension im Einzelnen nicht zu erschöpfen sind, sollen doch die Hauptgruppen derselben hier angeführt, und an einzelnen Fällen der Apprehensionsbegriff schärfer bestimmt werden.

a) Eine sehr gewöhnliche Form der Apprehension beweglicher Sachen, die aber juristisch wenig Interesse bietet, weil ein Zweifel hier in concreto nicht leicht möglich ist, ist die Uebergabe „zu Handen" des Nehmers (§. 312, 426); sobald man nämlich eine Sache in der Hand hält, an der Hand führt (das Pferd am Zügel) u. s. w., ist man eben dadurch regelmäßig Herr derselben. — Die entsprechende Form bei unbeweglichen Sachen ist das Betreten derselben (§. 312) durch den Empfänger: wer vom Tradenten auf den Acker, in das Haus geführt wird, um darin von nun an nach Belieben zu schalten, ist eben dadurch auch

---

[20]) Die in §§. 312, 426 aufgestellten Apprehensionsformen können daher nicht als ausschließliche, sondern nur als die im Verkehr häufigsten und darum wichtigsten betrachtet werden. Randa S. 104.

[21]) L. 34. pr. D. h. t. L. 18. pr. D. de vi et vi arm. L. 16. pr. D. de praescr. verbis. L. 6. C. de donat. L. 12. C. contrah. emt. nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet.

schon thatsächlich in diese Möglichkeit versetzt,[22]) er ist Detentor (und beziehungsweise ebendadurch Besitzer und Eigenthümer).[23])

b) Pecunianm, quam mihi debes, aut aliam rem, si *in conspectu meo ponere* te jubeam: efficitur, ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat.[24]) (L. 79. D. de solut. 46, 3.) Die Sache, welche vor mir auf den Tisch gelegt ist, beherrsche ich so gewiß, als hielte ich sie in der Hand, denn der Raum, welcher zwischen mir und ihr liegt, bildet im gegebenen Fall kein Hinderniß meiner beliebigen Einwirkung. In der bloßen Gegenwart der Sache, wodurch ein Hinderniß der Beherrschung beseitigt ist, kann also das corpus der Appre-

---

[22]) Quod autem . . . non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet, sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire: dum mente et cogitatione (hac) sit, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere. L. 3. §. 1. D h. t. Der hier vorausgesetzte fundus ist ein Acker, ein kleines Stück Land, welches bequem von einem Ende zum andern übersehen und beherrscht werden kann. Bei einem größeren Landgut würde durch Einführung in einen einzelnen Theil desselben der Besitz nicht erworben werden können (Sav. S. 212, — auch dann nicht, wenn dasselbe ganz „bestimmt abgegrenzt“ wäre, worauf Randa S. 161 mit Unrecht alles Gewicht legt), sondern es müßte allerdings ein circumambulare in den verschiedenen Anliegenschaften erfolgen. Allein praktisch dürfte dieß selten werden, da in derlei Fällen die Apprehension regelmäßig durch Stellvertreter (die auf dem Gut befindlichen Verwalter, Förster u. s. w.) geschieht. — L. 77. D. R. V.

[23]) Randa S. 109 führt als besondere Form der Apprehension auch den Besitzerwerb durch Bezeichnung an. Dieß ist unrichtig, denn die Signirung erzeugt nicht erst die physische Macht über die Sache, sondern setzt sie vielmehr schon voraus; die Bezeichnung ist eine Manifestationsform des Besitzwillens (s. oben S. 55, N. 21), das corpus des Besitzes aber ist bereits in der Gegenwart des Signanten (s. im Text lit. b) gegeben. Randa selbst anerkennt dieß, indem er verlangt, daß „abgesehen von der Bezeichnung die Möglichkeit ausschließlicher Macht über die Sache gegeben ist“. Ist dann aber die Bezeichnung der „Besitzergreifungsakt“?

[24]) In den folgenden Worten: nam tum quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, adquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda est, ist der Ausdruck „corporaliter rei possessionem detinere“ vom „besitzen“ im eigentlichsten, ganz unjuristischen Sinn, wie das „corporaliter tenere“ des Paulus (L. 1. pr. D. possess) aufzufassen, und so erhellt gerade aus dieser Stelle sehr deutlich, daß auf „physische Ergreifung“ (das „insisti“) für den Besitzerwerb nichts ankommt.

hension liegen, vorausgesetzt, daß kein anderweitiges Hinderniß mehr entgegensteht, sei es in der Beschaffenheit der Sache selbst,[25]) oder in der konkurrirenden Stellung einer anderen Person; denn jeder Andere, der mit mir zugleich bei der Sache gegenwärtig ist, hat dieselbe räumliche Möglichkeit auf sie einzuwirken, wie ich; hätte er nun auch den Willen dieß zu thun, so wäre meine Herrschaft so lange problematisch, bis mein Gegner irgendwie[26]) zum Weichen gebracht wäre, — meine Apprehension also bis dahin aufgeschoben.

Treffen also diese negativen Voraussetzungen zu, so braucht der Empfänger die Sache keineswegs „corpore et tactu" zu ergreifen, es wird ihm schon durch seine Gegenwart bei der Sache (oculis et affectu, L. 1. §. 21. D. poss.) die thatsächliche Herrschaft über dieselbe beschafft, also der Besitz erworben. Demnach ist z. B. die Tradition vollzogen (ganz analog dem oben citirten Fall, L. 79. D. cit.), sobald die Kontrahenten in Gegenwart der verkauften Gegenstände[27]) auf Eigenthumsübertragung einig geworden sind,[28]) und

[25]) Dieß kommt namentlich bei Moventien in Betracht: Wer mir z. B. einen lebenden Fuchs oder Vogel verkauft hat, genügt seiner Traditionspflicht nicht schon dadurch, daß er ihn vor mich hinlegt, denn damit bin ich des Thiers noch nicht sicher; entkommt es, bevor ich im Stande bin es zu ergreifen, so ist es dem Verkäufer, nicht mir verloren. Hier gebietet die Natur des Objekts selbst „körperliche Ergreifung", ohne sie ist die Apprehension nicht vollzogen, da lebendige freilaufende bestiae sich eben nicht „oculis et affectu" beherrschen lassen, daher plerique non aliter putaverunt eam (bestiam) nostram esse, quam si eam *ceperimus:* quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus; quod verius est. L. 5. §. 1. D. aqu. domin.

[26]) S. z. B. L. 52. §. 2. D. possess. Dazu Rudorff zu Savigny, Anhang Num. 58.

[27]) Säulen, Hölzer, Weinkrüge sind die Gegenstände, welche in den betreffenden Quellenstellen erwähnt werden, weil gerade bei derlei schwer transportablen Sachen, wie außer den genannten auch Bibliotheken, Waarenvorräthe u. s. w. diese Apprehensionsform besonders praktisch ist; denn da der Besitz durch das bloße Herantreten des Empfängers ergriffen ist, wäre es ebenso überflüßig als unthunlich, etwa jedes einzelne Stück einer solchen s. g. universitas facti durch Anfassen erst in Besitz nehmen zu wollen, wie dieß die ältere Schule, vom Erforderniß der „physischen Ergreifung" ausgehend, allerdings für nöthig hielt. Vgl. Zeiller II. S. 223 oben S. 26, Note 7.

[28]) Hierher gehören: L. 1. §. 21. D. possess. .... pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint, ... L. 31. §. 1. D. de donat. (cf. Paul. sent.

um ein Grundstück in Besitz zu nehmen, braucht man es nicht gerade zu betreten[29]), sondern es genügt, demselben so nahe zu

rec. V. 11. §. 1. „praesente filia", Fr. Vat. 254.), und die vielbesprochene L. 51. D. h. t. Scheidet man aus dem von Labeo hier referirten Fall den stellvertretenden Wächter, der in der That mit unserer Frage nichts zu schaffen hat, (wie schon Javolen bemerkt: nihil video interesse, utrum ipse acervum, an mandatu meo aliquis custodiat) aus, so liegt folgender Thatbestand vor: ich habe einen Haufen Holz oder eine Parthie Weinkrüge gekauft, und der Verkäufer hieß mich sie fortschaffen; (acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me jusserit — ob der Kauf in Gegenwart der Sachen abgeschlossen wurde, ist nicht gesagt, aber es muß das Gegentheil angenommen werden, da sonst nach L. 1. §. 21. D. h. t. der Besitz mir sofort erworben wäre und nicht erst ein „custodiam ponere" erfordert werden könnte.) — ich bin nun nach den gekauften Gegenständen gegangen und habe sie in meine Obhut genommen (— nach Labeo schicke ich, statt selbst zu gehen, einen Wächter, wodurch, wie gesagt, nichts geändert wird —). Sobald dieß geschehen ist, sind die in Rede stehenden Objekte in meinen Besitz übergegangen, auch wenn ich sie mit meinem Körper nicht berührt habe (etiamsi corpore adprehensae non sunt, nihilominus traditae videantur), was die Weinkrüge betrifft, jedoch nur, wenn sie alle beisammen stehen (cum universae simul essent). — In der That liegt hier Alles vor, dessen es zur Tradition bedarf: durch das tollere jubere hat der Verkäufer seinen Willen, die Sache sofort zu übergeben, deutlich genug manifestirt, der Käufer hat den Willen zu erwerben und setzt sich zu diesem Behuf in ein Verhältniß zur Sache, das ihm deren beliebige Beherrschung ermöglicht; da er (resp. sein Wächter) jedoch nicht an mehreren Orten zugleich gegenwärtig sein kann, so wird rücksichtlich der Weinkrüge vorausgesetzt, daß dieselben nahe genug beisammenstehen, um unter Einem bewacht werden zu können. — Durch das eben Bemerkte scheinen mir die Worte „et eum venditor tollere me jusserit" vollkommen gerechtfertigt und erklärt; ganz gewiß aber lassen sie sich nicht dazu benutzen, um aus ihnen e contrario zu beweisen, daß Jedermann auch abwesend dadurch Besitz ergreifen könne, „daß er die Sache auf einem fremden Grundstück lagern lassen darf," wie Baron S. 103, 104 meint. — Die L. 1. C. de donat. (8, 54), deren Schwierigkeit Savigny erst durch Annahme eines Konstitut's, dann durch Supposition der Gegenwart der Sklaven bei Uebergabe der Kaufbriefe zu heben versuchte, gehört wohl gar nicht hieher. S. die Ausführung von Rudorff zu Sav. Anh. Num. 63.

[29]) Si vicinum mihi fundum mercato (mercatum) venditor in mea turre demonstret, vacuamque se tradere possessionem dicat: non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem. L. 18. §. 2. D. h. t. Meine Situation in unmittelbarer Nähe (vicinum) des Grundstücks gewährt mir hier bei dem Umstand, daß der bisherige Besitzer den Besitzwillen aufgibt (tradere dicat) und auch sonst Niemand sich denselben anmaßt (vacuam possessionem), sofort die

sein,[30]) daß man es jeden Augenblick ungehindert betreten und beherrschen könnte.[31])

c) Sei es auch, daß ich mich in unmittelbarer Nähe der zu übergebenden Sache befinde, und weder sie selbst (vgl. Note 25), noch irgend eine dritte Person mir die Herrschaft über dieselbe streitig macht, so können doch möglicher Weise noch andere Umstände mir im Wege stehen, die beseitigt sein müssen, um meine Detention zur Thatsache

Detention. — Nach Lenz (S. 183 f.) ist zur Apprehension von Immobilien lediglich erforderlich, daß wir sie besitzen wollen und daß dieser Wille „objektive Gewißheit" habe, d. h. „wir brauchen nur zu wissen, was wir besitzen wollen, um es sofort zu besitzen." Demnach erklärt L. den Nachweis der Grenzen des Grundstücks durch den Verkäufer (von der turris aus) für das allein Entscheidende. Aber dieß könnte auf einer Flurkarte bequemer geschehen und wäre überdieß bei einem dem Käufer von früherher bekannten fundus ganz überflüßig. Rudorff a. a. O. Num. 56. Vgl. auch das Ob.-App.-G. zu Dresden bei Seuff. Arch. XII. Nr. 5.

[30]) Wie nahe? das ist vorkommenden Falls quaestio facti; siehe was oben über die durchgehends arbiträre Natur des Detentions-Verhältnisses gesagt ist.

[31]) Es macht hiebei keinen Unterschied, ob diese Apprehension eine vertragsmäßige oder eigenmächtige war, stets sind die Bedingungen des Besitzerwerbs dieselben. Auch nach österr. Recht, trotz des in jeder Beziehung verfehlten §. 315 (s. Unger II. S. 5. N. 9, Demelius, Oesterr. Gerichtsztg. 1858 Nr. 35), welcher ältere dogmatische Irrthümer („traditio enim domini multa detraxit de necessitate ejus possessionis nanciscendae" Donell IV. 19. §. 8. cf. V. 9. §. 4. und ähnlich noch Wening-Ingenheim, Civilrecht I. S. 261 f., Gesterding, Irrthümer S. 40—46) mit naturrechtlichen Utopien (Zeiller, natürl. Privatrecht §. 57) verschmilzt. Was der §. 315 Brauchbares enthält, ist lediglich der Satz: der Vertrag, auf Grund dessen apprehendirt wird, gibt im Zweifel einen entscheidenden Anhaltspunkt zur Bestimmung des Umfangs des animus possidendi beim Ergreifer; bei eigenmächtiger Ergreifung fehlt dieses Indicium, es muß daher in Ermanglung einer anderweitigen ausdrücklichen Erklärung angenommen werden, jener animus erstrecke sich nicht weiter, „als wirklich ergriffen, betreten, gebraucht, bezeichnet oder in Verwahrung gebracht worden ist." (Vgl. L. 18. §. 4. und L. 3. §. 1. D. possess., deren Entscheidungen auf derselben Unterscheidung beruhen.) Randa S. 121 übersieht, daß es sich hier nur um den *animus* des Besitzes (den Beweis seines Umfangs) handelt, rücksichtlich des *corpus* aber eigenmächtige und vertragsmäßige Apprehension sich durchaus gleichstehen; unrichtig ist daher m. E. die von Randa a. a. O. N. 44 getroffene Entscheidung: „durch Uebergabe eines Bauernhofs sind daher alle zu demselben gehörigen Gründe auch ohne besondere Betretung übergeben, sofern die einzelnen Felder in dem Kaufvertrag genau bezeichnet ... werden."

werden zu lassen. Befände sich die Sache, um die es sich handelt, etwa auf einem hohen Baum, an den ich weder hinanreichen, noch heranklettern könnte, oder in einem fest verschlossenen Kasten u. s. w., zu dem mir der Schlüssel fehlt, so könnte ich der Sache übrigens noch so nahe sein, ich habe sie doch gewiß nicht eher, als bis ich auch im Besitze einer Leiter, des betreffenden Schlüssels, eines Brecheisens u. s. w. bin. In diesen und ähnlichen Fällen genügt also meine Gegenwart nicht zur Apprehension, diese kann vielmehr erst als geschehen betrachtet werden, wenn ich auch die Werkzeuge zur Hand habe, die mir je nach Umständen von Nöthen sind, um über die Sache wirklich verfügen zu können. Lediglich dieß ist denn auch der Sinn der in den römischen Quellen mehrfach erwähnten[32]) Tradition durch Schlüsselübergabe:[33]) Clavibus traditis ita mercium in horreis con-

---

[32]) Außer L. 74 cit. gehören hierher noch: L. 1. §. 21. fin. D. possess.: ... vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint; und L. 9. §. 6. D. aqu. dom. (= §. 45. Inst. de rer. div. 2, 1): Si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emtori, transfert proprietatem mercium ad emtorem.

[33]) Lenz S. 200 f. gibt zu, daß die Uebergabe der Schlüssel in Gegenwart des Speichers erfolgen müsse, allein dieselben dienen seinem Käufer nicht dazu den Speicher aufzusperren, eventuell sich die Waaren herauszunehmen, sondern lediglich ihm die Beruhigung zu verschaffen, daß derselbe wirklich verschlossen ist; das offenbar entgegenstehende „etsi non aperuerit" soll dahin zu verstehen sein, daß hier ausnahmsweise die „Besichtigung" der Waaren nicht erforderlich sei (wogegen das „Besichtigen" in Lenz' Besitztheorie sonst eine so absonderlich hervorragende Rolle spielt, daß, wie Baron S. 43 ihm mit Recht entgegenhält, vor Allem die Blinden nach dieser Theorie zum Besitzerwerb unfähig erklärt werden müßten). Ganz grundlos ist L.'s Behauptung, daß nur „Kaufmannswaaren, also Fungibilien" durch Schlüsselübergabe tradirt werden können. — Baron S. 128 f. bemüht sich zunächst zwischen L. 74 cit. und den beiden andern hierher gehörigen Stellen (s. Note 32) einen Widerspruch zu finden, der von der Savigny'schen Theorie aus schlechterdings nicht zu lösen sei; Papinian nämlich (L. 74 cit.) scheine durchweg Gegenwart des Empfängers apud horrea zu verlangen, Gajus (L. 9 cit.) und Paulus (L. 1 cit.) erforderten diese nicht, vielmehr erkläre der Letztere bei Gegenwart der Sache die Schlüsselübergabe für überflüßig, setze also, wo diese entscheidet, Abwesenheit der Sache voraus. Die Lösung dieser Schwierigkeit ergebe sich aus Folgendem: man müsse unterscheiden, ob der Verkäufer dem Käufer mit der Schlüsselübergabe zugleich die Erlaubniß ertheilt habe, die Waare vorläufig noch im Speicher lagern zu lassen,

ditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint; quo facto confestim emtor dominium et possessionem

oder nicht; im ersten Fall bedürfe es der Gegenwart der Sache gar nicht, der Besitz sei sofort mit Uebergabe der Schlüssel, wo immer diese geschehe, erworben, und auf diesen Fall, als den gewöhnlicheren bezögen sich Gajus und Paulus; im zweiten Fall sei die Gegenwart des Empfängers (subjektive custodia) zum Besitzerwerb erforderlich, und diesen Fall habe Papinian zunächst im Auge. — Von der durch B. beliebten Unterscheidung läßt sich nun aber in unseren Quellenstellen schlechterdings keine Spur entdecken; Papinian, der im Sinne B's. gesagt haben müßte: „Durch Schlüsselübergabe ist der Besitz versperrter Waaren übergeben, wenn entweder diese Handlung bei dem Speicher erfolgte, oder doch der Verkäufer seine Einwilligung dazu gegeben hat, daß u. s. w." — weiß von einer derartigen Alternative gar nichts, sondern sagt ganz kategorisch: „Nur dann ist der Besitz übertragen, si claves apud horrea traditae sint" (B's. Ausweg, die Worte „ita si" hier mit „zum Beispiel dann, wenn" zu übersetzen, ist mehr als kühn, und die Heranziehung von L. 31. pr. D. aqu. dom. und L. 1. §. 2. D. de furtis beweist nichts, da der fragliche Ausdruck in diesen Stellen eben auch mit „nur dann, wenn" übersetzt werden kann und muß). Und ebenso unterschiedslos drücken sich Paulus und Gajus aus, besonders entschieden aber der Letztere (*simul atque* claves tradiderit, transfert proprietatem), welcher sich denn dafür auch von Seite Baron's den Vorwurf „unbestreitbar ungenauer" Ausdrucksweise zugezogen hat. Die von Baron vorgeschlagene Lösung des „anscheinenden Widerspruchs" ist m. E. ebenso überflüßig als unhaltbar, denn in der That liegt ein solcher Widerspruch nicht einmal dem Scheine nach vor: Nirgends ist gesagt, daß Uebergabe der Schlüssel auch in Abwesenheit der Sache den Besitz begründe; Papinian sagt ausdrücklich das Gegentheil, Gajus erwähnt des Erfordernisses der Gegenwart zwar nicht ausdrücklich, negirt es aber ebensowenig, Paulus endlich setzt die Gegenwart der Personen bei den zu übergebenden Sachen in der ganzen längeren Stelle durchweg voraus, und es hieße ihm stylistische Schwerfälligkeit zumuthen, wollte man verlangen, daß er das unmittelbar vorher zweimal Bemerkte (cum ea in praesentia sit, — si in re praesenti consenserint) beim zuletzt besprochenen Fall zum drittenmal wiederhole; wenn er also noch zuletzt sagt: ... columnas pro traditis haberi, si in re praesenti consenserint, et vina tradita videri, cum claves ... traditae fuerint, so liegt darin nicht ein Gegensatz, wie B. will, so daß das „in re praesenti consentire" nur bei den Säulen, nicht auch bei den „vina" erforderlich wäre, sondern eine Steigerung, indem bei offen daliegenden Sachen zwar meine bloße Anwesenheit genügt, um sie beherrschen zu können, bei versperrten Sachen aber außerdem noch der Besitz der Schlüssel dazukommen muß. — Dem Gesagten zufolge scheint mir die von Savigny (S. 223 f.) so glänzend durchgeführte Interpretation der in Rede stehenden Quellenstellen durch die Angriffe von Lenz und Baron eher bestätigt als erschüttert zu sein.

adipiscitur, etsi non aperuerit[34]) horrea. (L. 74. D. de contr. emt. 18, 1.) Dabei ist festzuhalten, daß beide Momente zusammentreffen müssen, wenn hier Besitz übertragen werden soll: Gegenwart der Partheien bei der Sache und Uebergabe der betreffenden Werkzeuge; denn wer ohne Schlüssel vor dem Speicher steht, hat die Waare nicht, aber ebenso wenig hat sie der, welcher, den Speicherschlüssel in der Tasche, erst hingehen soll, um sich die gekaufte Sache aus dem Speicher des Verkäufers abzuholen.[35]) — Besitz also, und durch den Besitz Eigenthum, kann durch Schlüsselübergabe allein niemals erworben werden; wohl aber wird nach österreichischem Rechte das Eigenthum direkt und unabhängig vom Besitz bloß durch den Akt der Uebergabe von Schlüsseln und andern ähnlichen Werkzeugen (§. 427.) erworben; und darin liegt ein Fall der s. g. symbolischen Tradition, wovon unten.

d) Es ist schon oben gezeigt, daß zur thatsächlichen Beherrschung einer Sache unmittelbare Gegenwart bei derselben nicht immer erforderlich ist, daß dieselbe unter Umständen anderweitig (durch Gewahrsame §. 309, 312) ersetzt werden kann. Wie nun in derlei Fällen unsere Macht über die Sache sich durch eine Form der Gewahrsame bethätigt und vermittelt, so kann dieselbe (Detention) auch durch eine solche entstehen, indem die Sache zunächst in unsere Gewahrsame und ebendadurch mittelbar in unsere Macht gebracht wird; und darin liegt eine besondere Form der Apprehension und Tradition, welche sich dadurch auszeichnet, daß hier die zu übergebende Sache nicht in die unmittelbare persönliche Gewalt[36]) des Nehmers, sondern in

---

[34]) Im Augenblick, da ich vor dem verschlossenen Kasten, oder dem unerkletterbaren Baum stehend, Schlüssel oder Leiter in die Hand bekomme, ist der Kasten für mich nicht mehr verschlossen, der Baum nicht unbesteigbar, die Sache folglich (vorausgesetzt, daß die Werkzeuge tauglich sind) schon in meiner Gewalt, gerade so, als läge sie bereits in meiner Hand; daher die Apprehension sofort vollzogen, wenn ich auch das Aufschließen u. s. w. noch aufschiebe: *confestim* dominium et possessionem adipiscitur, etsi etc.

[35]) Es ist also keineswegs bloß „eine Thatfrage, ob Gegenwart bei der verschlossenen Sache erforderlich ist, oder nicht," wie Randa S. 112 meint. Vgl. noch unten Kap. VI. N. 53.

[36]) Wohl in die Detention, aber nicht in die „naturalis possessio" im Sinn von L. 3. §. 13. D. poss. u. A., welcher Begriff enger ist, als der der Detention.

dessen weiteren Herrschaftskreis, in seine Gewahrsame überliefert wird. Es handelt sich mithin darum, die Voraussetzungen des Näheren zu untersuchen, unter denen dieß als geschehen betrachtet werden kann, und da unser Gesetzbuch selbst darüber keinen Anhaltspunkt an die Hand gibt, sind wir darauf hingewiesen, dieselben unmittelbar da aufzusuchen, von wo aus der Rechtsbegriff der Gewahrsame in das österreichische Recht herübergenommen ist,[37]) — in denjenigen Fragmenten der römischen Juristen, welche sich mit der custodia[38]) als corpus des Besitzes beschäftigen.

---

[37]) Daß die (nur auf Mobilien anwendbare) „Gewahrsame", „Verwahrung" des a. b. Gb. in keiner Weise mit der Gewere des deutschen Rechts zusammenhängt, scheint mir keines Beweises zu bedürfen. „Gewere" an Mobilien schließt jede Form der Detention in sich, daher „aus seiner Gewere lassen" gleichbedeutend mit: die Detention aufgeben. Vgl. z. B. Sachsensp. II. 60. §. 1.

[38]) Selbstverständlich können hier nur diejenigen Stellen in Betracht kommen, welche von custodia mittelst Gewahrsame in unserem Sinn handeln. Was den Ausdruck „custodia" betrifft, dessen Sinn ein viel weiterer ist, als der Begriff „Gewahrsame" des österr. Rechts, so scheint mir derselbe keineswegs, wie Baron annimmt, ein terminus technicus der röm. Jurisprudenz, der eigentliche Fundamentalbegriff für den Mobilienbesitz. Vielmehr bezeichnet custodia, wo sie dem Besitzer zugeschrieben wird, überhaupt das defensive Moment der Detention, den Inbegriff der Mittel, die der Detentor anwendet, um sein Haben gegen Andere, oder gegen die Sache selbst (bei Thieren) sicherzustellen (Obhut). Vgl. z. B. L. 3. §. 13, L. 39, 44 pr., L. 47. D. poss. L. 62. §. 1. D. usufr. 7. 1. u. a. m. Kierulff, Civilr. S. 384 f. Allein nicht nothwendig ist mit der custodia die Detention verbunden: Wer vor einem verschlossenen Zimmer Wache steht, um das Einbrechen zu verhüten, besorgt wohl die custodia (L. 51. D. h. t.), aber er detinirt die im Zimmer eingeschlossenen Sachen nicht, wenn er nicht zugleich den Schlüssel hat. Und umgekehrt verliert man nicht schon darum immer den Besitz, weil man die custodia aufgibt, obwohl es alsdann leicht geschehen kann; das nur meint Papinian: rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre *consuevit;* idque Nerva filius .... retulit. (L. 47. D. h. t.) Der citirte Nerva aber sagt (L. 3. §. 13. D. h. t.), daß Thiere, sobald sie unserer Obhut entkommen sind und sich verlaufen haben, aufhören von uns besessen zu werden. Dieses Entkommen und Verlaufen aber ist nicht nothwendige Folge des „custodiam negligere": Wer also aus Nachläßigkeit den Vogelkäfig offen stehen läßt, hat keine custodia mehr über den Vogel — denn ein offener Käfig ist so gut, wie keiner — aber er verliert den Besitz erst, wenn der Vogel wirklich ausfliegt.

Wenn mir die zu tradirende Sache in meine Wohnung gebracht wird, habe ich den Besitz daran erworben, auch wenn gerade Niemand anwesend ist, der sie persönlich für mich in Empfang nehmen könnte; denn unsere Wohnung ist recht eigentlich unser wohlverwahrter Aufbewahrungsort für die Sachen unseres nächsten Bedürfnißkreises, und was dort niedergelegt ist, habe ich in meiner Macht, eben weil es in meiner Wohnung liegt: Si venditorem quod emerim deponere in mea[39]) domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit. (L. 18. §. 2. D. h. t.) . . . quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur? (L. 9. §. 3. D. de jure dotium 23, 3.) Das für den Besitzerwerb durch Gewahrsame charakteristische Moment liegt hier in den Worten „quamquam id nemo dum attigerit": ohne irgendwelche persönliche Intervention erwerbe ich auch abwesend den Besitz, indem meine Wohnung gleichsam an meiner Statt die Sache ergreift und festhält. Der Wohnungsraum bildet vermöge seiner besonderen Bestimmung für den Bewohner einerseits und gegen jeden Nichtbewohner andererseits, dem Ersteren ein Instrument der Gewahrsame und dadurch ein Vehikel der Apprehension. — Andere Formen des Besitzerwerbs durch Gewahrsame[40]) werden in den Quellen nicht ausdrücklich erwähnt,[41]) bei

[39]) Es kommt hier nicht darauf an, daß das Haus rechtlich mein ist (Eigenthum, jur. Besitz, usus etc.), sondern nur darauf, daß ich es faktisch innehabe, also bewohne. Savigny S. 227 f., cf. L. 5. §. 2, 3. D. de injur. et fam. libell. 47, 10. Domum accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium. Quare sive in propria domu quis habitet, sive in conducto, vel gratis, sive hospitio receptus . . . . idem erit probandum.

[40]) Unbegreiflicherweise zählt Randa S. 111 Nr. 3 unter die „Besitzerwerbsakte" auch „das Vergraben in Grund und Boden oder im Gemäuer" — obschon man doch bekanntlich durch Vergraben nicht erwirbt, sondern nur allenfalls zu erhalten sucht, was man hat und zu verlieren fürchtet. (L. 44. pr. D. aqu. possess. handelt von Erhaltung des Besitzes: Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat . . . dixi: quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, jus possessionis ei non videri peremtum.)

[41]) In der That ist auch das „In's Haus bringen" der gewöhnlichste und wichtigste Fall des Besitzerwerbs durch Gewahrsame, namentlich wenn man den Begriff „domus" nicht in der engen Bedeutung als „Wohnung" nimmt, sondern darunter all die Räume zusammenfaßt, die in wirthschaftlicher Beziehung zum Haus gehören, als Hauskeller, Ställe, Scheunen, Vorrathskammern u. s. w. Randa S. 111.

Gelegenheit der Lehre vom Besitzverlust jedoch beschäftigen sich dieselben näher mit andern Anstalten der Gewahrsame, namentlich denjenigen, wodurch wir uns den Besitz von Thieren zu sichern pflegen, und es lassen sich aus den betreffenden Stellen leicht die Grundsätze entnehmen, wonach sich im einzelnen Fall bestimmt, ob Besitz durch Gewahrsame vorliege, unter welchen Bedingungen daher gewisse räumliche Vorrichtungen, Anstalten u. s. w. auch geeignet sein müssen, Apprehension durch Gewahrsame zu vermitteln.

Wollen wir über Thiere, deren natürlicher Freiheitsdrang in jedem Augenblick gegen unsere Beherrschung reagirt (denn von zahmen oder gezähmten Thieren wird hier abgesehen), diese unsere Herrschaft auch abwesend erhalten, so müssen wir denselben vor Allem die Möglichkeit der Befreiung benehmen, indem wir sie einsperren: Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas conjecerimus a nobis possideri, ... aves autem possidemus, quas inclusas habemus. (L. 3. §. 14, 15. D. h. t.) Das Vivarium, die Piscina u. s. w. kurz meine Gewahrsamsanstalt sichert mir den Besitz des Thieres, wenn und so lange dieselbe dessen Befreiungsversuchen Stand zu halten vermag: Quidquid autem eorum (bestiarum etc.) ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coercetur, cum vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit. ... Nam pecus simul atque aberraverit, ... ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur. (L. 3. §. 2. D. aqu. dom. L. 3. §. 13. D. poss.) Diese negative Leistung der „custodia", wonach dieselbe den eingeschlossenen Thieren den Gebrauch der Freiheit mehr oder weniger eng beschränkt, macht mich aber an und für sich und allein noch nicht zum Besitzer; die Gewahrsame muß außerdem noch den positiven Erfolg haben, daß ich durch dieselbe in Stand gesetzt erscheine, mich der verwahrten Objekte nach Belieben auch unmittelbar zu bemächtigen, „naturalis possessio" in diesem Sinn zu erlangen: Nerva filius (ait), res mobiles ... quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri; id est,[42]) quatenus,

---

[42]) Statt „id est" will Savigny S. 341 nach Pariser Handschriften „idem" oder „item" lesen. Dagegen (sehr lebhaft) Baron S. 95, Rudorff a. a. O. Nr. 104.

si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Wird daher z. B. ein Fisch in ein natürliches stehendes Gewässer, oder ein Stück Wild in einen bestimmten Wald gethan, so kommt es damit allein noch in Niemandes Besitz, sei es auch, daß das Gewässer ohne jeden Abfluß, oder der Wald ringsum wohl eingeschlossen wäre, so daß das Thier allerdings innerhalb bestimmter, mehr oder weniger enger Grenzen eingeschlossen, seiner vollen natürlichen Freiheit entbehrte. Sed eos pisces, qui in stagno sunt, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri . . . rel. (L. 3. §. 14. D. h. t.) Denn hier bleibt dem eingesperrten Thiere immerhin noch so viel Freiheit, daß es keineswegs in unserem Belieben steht dasselbe in jedem Augenblick herauszuholen und nach unserem Bedarf zu verwenden; wollen wir dieß, so sind wir vielmehr genöthigt eine Fischerei beziehungsweise Jagd darauf zu veranstalten, von deren Erfolg erst unser Besitz abhängt (quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus. L. 5. §. 1. D. aqu. dom.). Hätten wir es dagegen anstatt des stagnum mit einem Fischkasten zu thun, den man nur an's Land zu ziehen braucht, um den betreffenden Fisch herauszuholen, oder mit einem künstlich angelegten Fischteich (piscina, §. 14 cit.), wenn auch von beträchtlichem Umfang, der stündlich abgelassen werden kann, wodurch dann jeder darin befindliche Fisch trocken gelegt und unserer beliebigen Ergreifung ausgesetzt wird, oder wäre die silva circumsepta von so geringer Ausdehnung (Wildhof), daß der Herr derselben sich nur hineinzubegeben braucht, um das beabsichtigte Individuum mit Sicherheit zu erlegen — so würde allerdings Besitz durch Gewahrsame vorhanden sein.[43]) In allen diesen Beispielen wird, wie

[43]) Wenn Savigny S. 313 N. 1. den geringen Umfang der piscinae („Fischkasten") gegenüber den stagna urgirt, so geschieht dieß lediglich in dem Sinn, daß die beliebige Beherrschung der verwahrten Thiere durch eine mäßige Größe des Verwahrungsraums regelmäßig bedingt wird: ist jedoch diese Beherrschung in einem vorliegenden Fall durch besondere künstliche Vorrichtungen (Schleußen, Abzugsgräben u. s. w.) anderweitig ermöglicht, so steht nichts entgegen, auch im Sinn der Savigny'schen Theorie hier Besitz anzunehmen. Wenn daher Baron S. 69—78 nachweist, daß jene piscinae zuweilen von ganz enormem Umfang waren, so hat er damit keineswegs dargethan, daß Savigny's Theorie „nicht haltbar" und „mit den Grundsätzen der L. 3. §. 14, 15. D. cit. unvereinbar"

sich von selbst versteht, vorausgesetzt, daß die verwahrten Thiere nicht nur an der Selbstbefreiung durch den Gewahrsam gehindert sind, sondern daß durch dieselbe Veranstaltung zugleich auch unberechtigten Eingriffen dritter Personen bis auf einen gewissen Grad vorgebeugt ist.[44]) Bei leblosen Mobilien nun fällt jene erstere Rücksicht von selbst weg, und hier hat die Gewahrsame ausschließlich den Zweck und die Aufgabe, dem abwesenden dominus die persönliche Gegenwart zu ersetzen, ihn dem etwaigen Angreifer gegenüber von vornherein in den Vortheil der Defensive zu bringen, ihm also die Macht über den Gegenstand namentlich auch ihrem relativen Moment nach zu gewähren.

Ist also eine Sache in meine „Gewahrsame" — im Sinne der bisherigen Erörterung — gebracht, so kann man mit Recht sagen, ich habe sie,[45]) und damit ist allem Obigen zufolge das corpus der Apprehension vollzogen und ebendadurch auch, alle weiteren Erfordernisse vorausgesetzt, die Tradition selbst perfekt. Ob im konkreten Fall die Handlung des angeblich Tradirenden geeignet war, für die andere Partei die Gewahrsame und dadurch Besitz und Eigenthum (Faustpfandrecht) an der Sache zu begründen, das ist mit Rücksicht auf die entwickelten Grundsätze je nach Befinden der Umstände in streitigen Fällen vom Richter festzustellen.

Beispiele: Die Tradition ist als vollzogen zu betrachten, der Geber hat mithin seiner etwaigen obligatio tradendi (z. B. als Ver-

---

sei; denn juristisch ist es ganz gleich, ob die piscina ein „Fischkasten" ist, oder ein Teich, den man beliebig ablassen kann, um sich auf dessen trockenem Boden dann nach Willkür den Fisch auszusuchen, dessen man begehrt. Und was die vivaria („Thierparks") im Gegensatz zur silva circumsepta betrifft, so beweist gerade die von Baron S. 70 (aus Varro de re rust. III. 3.) erzählte Anekdote, daß es Mittel gab, auch bei Vivarien von größerem Umfang den darin gehaltenen Thieren die „naturalis libertas" zu benehmen und sie dem Herrn zu beliebiger Disposition zu stellen. — Richtig auch Randa S. 114.

[44]) Es kehrt dabei die Unbestimmbarkeit wieder, die vom Begriff der Detention überhaupt nicht zu trennen ist: Auch durch die beste Gewahrsams-Anstalt kann die Sache den Eingriffen Dritter nicht absolut entzogen werden, die Macht des dominus über dieselbe ist daher nie absolut gesichert. Allein darauf kommt es hier auch gar nicht an, wie bereits oben hinreichend betont wurde.

[45]) Auch hier wird (vermittelst der Gewahrsame) die Sache „quodammodo longa manu" beherrscht.

käufer) genügt, wenn er die Uhr in meine Wohnung gebracht, das Holz auf meinen Hof abgeladen, den Fisch in meinen Behälter[46]) oder Fischweiher geworfen (vorausgesetzt, daß letzterer von der oben besprochenen Art ist), wenn er das Pferd in meinen Stall,[47]) den Wagen auf meinen Hof oder in meine Remise, das Getreide in meine Scheune, den Wein in meinen Keller gebracht hat; das Eigenthum am Zeitungsblatt oder Brief ist mir erworben, sobald derselbe in einen zu diesem Zweck an meiner Hausthür etwa angebrachten verschlossenen Kasten geworfen ist, u. s. w.

Dabei ist jedoch stets zu beachten, daß in allen Fällen der Tradition durch Gewahrsame die Detention durch die geschehene Einbringung in die Gewahrsame des Empfängers (Hinterlegen, Abladen u. s. w.) für diesen nicht eher begründet ist, als er von der Vornahme jenes Aktes Kenntniß erhält,[48]) denn erst von diesem Moment ab wird er sich seiner thatsächlichen Macht über die Sache auch bewußt, und ist das Detentionsverhältniß auch von der subjektiven Seite her vollendet (s. oben Note 8). Es wird daher, da das österreichische Recht bei Tauschverträgen die Last des zufälligen Untergangs erst mit dem Moment

[46]) Hätte etwa der Fischbehälter einen Leck gehabt, so war er kein taugliches Instrument der Gewahrsame, der Fisch würde nicht Eigenthum des Käufers, und der Verkäufer könnte für den Entkommenen den Kaufpreis nicht fordern. Letzteres freilich würde sich (aus Gründen des Obligationenrechts) anders verhalten, wenn er vom Käufer wäre angewiesen worden, den Fisch in jenen Behälter zu bringen.

[47]) Wäre das Stück Vieh lediglich meiner auf dem Feld weidenden Heerde beigestellt worden, so wäre es damit noch nicht tradirt (es sei denn, daß dasselbe von meinem etwa anwesenden Viehhüter in Empfang genommen wäre, von welchem Fall hier abstrahirt wird). A. M. Baron S. 99, 113, 119, nach dessen Theorie das Feld allein die Heerde hütet, s. die Anmerkung S. 111, 112.

[48]) In den oben besprochenen Quellenbeispielen (L. 18. §. 2. D. h. t., L. 9. §. 3. D. de jure dot.) ist die Hinterlegung der Sache nicht nur mit Wissen, sondern auch mit Willen des Empfängers geschehen („jusserim" — „volente eo"), und es könnte daher die Frage erhoben werden, ob etwa auch das Letztere hier erforderlich sei? Eine Frage, die sicher zu verneinen ist, insofern es sich hier allein um Dasein oder Nichtdasein einer Tradition und ihrer binglichen Wirkung handelt; hätte ich daher dem Verkäufer auch ausdrücklich verboten, die Sache mir in's Haus zu stellen, so werde ich gleichwohl sofort Eigenthümer derselben, wenn dieß dennoch geschehen und mir angezeigt ist; die Folgen jener Contravention können lediglich obligatorische sein.

der Uebergabe auf den Empfangsberechtigten überwälzt (§. 1048), der Verkäufer eines Pferdes seine Kaufschillingsforderung verlieren, wenn er dasselbe ohne Wissen des Käufers in dessen Stall abgestellt hat, und es daselbst etwa vom Blitz erschlagen wurde, bevor jener (oder sein Stellvertreter) von der geschehenen Abstellung Kenntniß erlangte; und wer, zu einer Leistung in genere verpflichtet, eine gewisse Spezies auf meinen Hof gebracht hat, ist unter derselben Voraussetzung und innerhalb derselben Frist immer noch berechtigt die gelieferte Spezies wieder an sich zu nehmen und durch eine andere zu ersetzen.

e) Befindet sich der Nehmer schon vor der beabsichtigten Tradition in demjenigen Verhältniß zur Sache, in welches er regelmäßig durch die Uebergabe erst gebracht werden soll, so geschieht die Apprehension, da das corpus bereits vorliegt, allein durch das Hinzutreten des Besitzwillens (nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam ... L. 9. §. 5. D. aqu. dom., L. 9. §. 9. D. Reb. C., L. 62. D. de eviction.), und der so erworbene Besitz vermittelt unter Konsens des bisherigen Eigenthümers den Uebergang des Eigenthums; im Moment der darauf bezüglichen Willenseinigung ist in diesem Fall die Tradition vollzogen. („Uebergabe durch Erklärung", §. 428, s. g. brevi manu traditio.)

Anmerkung. Es dürfte am Orte sein, die im Vorstehenden unter d) entwickelten Grundsätze über Besitzerwerb durch Gewahrsame mit der bereits wiederholt berührten Theorie Baron's über die „custodia" auseinanderzusetzen; und zwar wird es zu diesem Zwecke genügen, die wesentlichen Momente dieser Theorie mit ihren Resultaten und Consequenzen vorzuführen, deren durchgreifende Abweichungen von der hier vertretenen Anschauung alsdann von selbst erhellen müssen. Dabei kann ich mich füglich auf die Grundsätze über den Erwerb des Besitzes, als um welchen es uns hier allein zu thun ist, beschränken.

Hinsichtlich der in Rede stehenden Frage nach der natürlichen Grundlage (corpus) des Besitzes statuirt Baron einen wesentlichen Unterschied zwischen Besitz an Mobilien und an Immobilien; der letztere konnte der römischen Theorie nach stets nur dadurch erworben werden, daß wenigstens ein Theil des fundus wirklich betreten wurde (L. 3. §. 1. D. h. t.), wogegen freilich „die Praxis Widerspruch erhob"

und es durchgesetzt zu haben scheint, daß „es genüge, wenn man nur in solcher Nähe sei, daß man das Grundstück sehen könne." (L. 18. §. 2. D. h. t., Baron, S. 142.) Es bildet also auch nach Baron die Detention das corpus des Besitzerwerbs an Immobilien, und befindet sich derselbe in diesem Punkt mit Savigny in Uebereinstimmung. (Für den Besitzverlust an Immobilien freilich entwickelt Baron S. 144 f. ebenso originelle als abenteuerliche Grundsätze, wie z. B., daß der Besitzer einer Sommerwohnung den Besitz daran verliert, wenn er ohne Zurücklassung eines Portiers länger als den Winter über sich davon entfernt hält. arg. L. 1. §. 24. D. de vi, verb. „*mox* revertens") — Ganz anders verhält sich dieß mit dem Besitz an Mobilien, welcher durchaus nicht auf der Grundlage der Detention beruhen soll: „Zu dem Erwerb ist die Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken, resp. Andere auszuschließen, nicht nothwendig." (S. 112.) Vielmehr beruht Erwerb und Erhaltung des Besitzes hier allein auf der „custodia". Was ist nun diese custodia? Baron unterscheidet (nach Lenz' Vorgang) zwei Arten derselben, subjektive und objektive custodia. Erstere ist vorhanden, wenn Jemand „selbst oder ein Mandatar die Sache bewacht;" sie ist also nichts Anderes, als Detention durch persönliche Gegenwart in eigener Person oder durch einen Stellvertreter, und der Satz, daß durch subjektive custodia der Besitz erworben werde, lediglich eine Umschreibung dafür, daß dieß durch persönliche Gegenwart geschehe. Seinen Begriff der objektiven „*κατ' ἐξοχὴν* so genannten" custodia entwickelt Baron namentlich auf Grund der L. 3. §. 13. D. h. t., verb.: Res mobiles quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri: id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Während nun diese Worte nach der am einfachsten sich darbietenden und m. E. allein richtigen Auffassung den Sinn haben: „wir haben derlei Sachen in unserer custodia, wenn uns die unmittelbare körperliche Einwirkung (nat. poss.) auf dieselben nach Belieben (si velimus) möglich ist," wodurch dann die „custodia" als Detention, und zwar als ein besonderer Anwendungsfall der Innehabung (durch Gewahrsame vermittelt, s. oben) erscheint, — bezieht Baron die Stelle nicht auf ein gewisses Verhältniß des Besitzers zur Sache, womit sekundär zugleich eine

geschützte Stellung gegenüber Dritten gegeben ist, sondern lediglich „auf das Verhältniß des Besitzers zu Nichtbesitzern" (S. 100.), und findet dasselbe darin, daß es Ersterem möglich sei, die Ergreifung der Sache durch Andere zu verhüten. Die nächste Frage ist nun die, unter welchen Voraussetzungen Baron diese Möglichkeit als vorhanden annimmt. Daß sie gegeben ist, wenn sich die Sache in meinem Haus, Speicher, Stall u. s. w. befindet, versteht sich von selbst; dasselbe aber müsse behauptet werden, wenn die Sache sich irgendwo auf der Oberfläche meines Grundstückes befindet, denn wollte sie da Jemand ohne meine Erlaubniß ergreifen, so müßte er das Grundstück wider meinen Willen betreten, das aber darf er nicht (potest a domino jure prohiberi, ne ingrederetur. L. 3. §. 1. D. aqu. dom.); dabei sei es gleichgültig, ob ich Besitzer oder blos Detentor des Grundes bin, da „Niemand ein fremdes Grundstück ohne Willen des Detentors (?) betreten darf." (S. 107.) Somit bildet das Grundstück für alle darauf befindlichen Sachen vermittelst jenes Rechtssatzes eine „Wehr" gegen unbefugte Angreifer; diese „wehrende" Beschaffenheit des Bodens kann nun aber ferner vom Detentor auch anderen Personen zur Verfügung gestellt werden, sie werden derselben für ihre Sachen dadurch theilhaftig, daß sie diese mit Erlaubniß des Detentors auf dessen Grundstück liegen haben. So lange diese Erlaubniß währt, dauert die custodia, und mit ihr der Besitz. Demnach formulirt Baron seinen Begriff der (objektiven) custodia an Mobilien (von den theilweise abweichenden Regeln, die Baron für Sklaven und gewisse Thiere aufstellt, kann hier abgesehen werden) folgendermaßen: „Die custodia (— und mit ihr also das corpus des Besitzes —) ist vorhanden, wenn sich die Sache auf der Oberfläche des Grundstücksinhabers (sic!) befindet, oder wenn sie sich zwar auf einem von einem Andern detinirten Grundstück, aber doch mit Erlaubniß dieses Andern befindet." (S. 102.) Wendet man diesen Begriff auf die Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes an (— für beide Fälle gelten nach Baron dieselben Regeln: mit Erwerb der custodia ist der Besitz corpore erworben, mit deren Verlust verloren —), so ist es nicht schwer, die Konsequenzen zu ziehen, und Baron selbst hat einige derselben mit anerkennenswerther Unerschrockenheit gezogen.

Die Anführung weniger Beispiele wird hier genügen: Ein vom Gutsbesitzer brieflich gekaufter Pflug ist tradirt, sobald der Verkäufer ihn auf irgend einem Punkt des Gutes hat absetzen lassen, ohne daß der Herr oder seine Leute dabei anwesend waren. (Baron a. a. O. S. 107.) Der Besitz des auf dem Feld zurückgelassenen Ackergeräths wird dem heimgegangenen Bauer nur darum erhalten, weil dasselbe auf *seinem* Grund liegt, und durch diesen geschützt ist (S. 108.): umgekehrt also muß behauptet werden, daß der Bauer den Besitz verliert, sobald er sich entfernt, nachdem er etwa das Geräth unglücklicherweise nicht auf dem eigenen Grund, sondern zwei Schritte weiter auf dem Nachbaracker hat liegen lassen. — So lange mein Vieh (ohne Hirten) auf *meinem* Land weidet, habe ich den Besitz daran, auch wenn sich die Thiere innerhalb meines Gebietes verirren; tritt aber ein Stück über die Gränze und verläuft sich auf dem Boden des Nachbars, so ist mein Besitz daran verloren (S. 99.), denn, meint Baron, im ersten Fall darf mich Niemand am Suchen hindern, ich kann die Sache also nach Belieben (si velim) wieder ergreifen, wogegen ich im zweiten Fall vom Nachbar daran jure prohibirt, oder nach deutschem Recht gepfändet werden könnte. Habe ich dagegen die Erlaubniß oder das Recht, mein Vieh auf fremdem Grund weiden zu lassen, ohne die Detention am Weideplatz selbst zu haben, so wird mir der Besitz am Vieh durch die mir für diesen Fall zur Disposition gestellte wehrende Kraft des fremden Bodens erhalten; hätte ich aber 11 Stück Ochsen auf der fremden Weide gehalten, da ich nur für 10 berechtigt war, so erstreckt sich die custodia auf den eilften nicht mit, und der Besitz an diesem (an *welchem* unter den eilf Stück?) ist verloren, wenn er nicht etwa durch subjektive custodia (Hirt) besonders gewahrt wird. (S. 101. fg.) — Da endlich nur die Grundstücks*oberfläche* custodia gewährt, bin ich nicht im Besitz einer auf meinem fundus *unter* der Erde befindlichen Sache; so wie aber diese, sei es auch ohne irgend welches Zuthun von meiner Seite (z. B. durch ein Erdbeben) an die Oberfläche (und dadurch in den Zauberkreis der custodia) gelangt, ist mir ebendadurch sofort der Besitz daran erworben. (S. 93, 117.) —

Diese Ergebnisse richten das Prinzip, aus dem sie fließen; das

Prinzip aber ist der Baron'sche Begriff der (objektiven) custodia als des Schutzes, welchen die Oberfläche jedes Grundstückes den darauf befindlichen Mobilien zu Gunsten des Grundinhabers jedem Dritten gegenüber gewährt. (Dagegen auch Randa, S. 105 N. 11, dessen Ausführungen jedoch m. E. gerade den Grundirrthum der Baron'schen Theorie — s. das Folgende — nicht treffen.) Sehen wir indessen diesen Schutz („die Wehr") etwas genauer an: Ist es denn wirklich das Grundstück, das der Sache diesen Schutz bietet? Kann der Acker den Dieb hindern, ihn zu betreten, um den innerhalb seiner Grenzen stehenden Pflug zu ergreifen? Gewiß nicht. Allein das meint auch Baron nicht, er sagt vielmehr, „es gibt einen Grundsatz, welcher alle Gegenstände, die auf den in unserer Detention befindlichen Grundstücken lagern, mit einer Schutzwehr umgibt, das ist der Grundsatz, daß Niemand ein fremdes Grundstück . . . . . . betreten darf." (S. 107.) Mithin ist es doch nicht der Acker, der „befriedete Raum" selbst, sondern jener „Grundsatz" ist es, wodurch die Sache „geschützt" wird, und der Schutz besteht darin, daß dem Verletzer dieses rechtlichen Grundsatzes unter Umständen der Prozeß gemacht werden kann; der Schutz, um den es sich hier handelt, ist also, wie man sieht, kein reales Präservativ, wodurch unliebsame Eingriffe Dritter thatsächlich unmöglich würden, sondern eine juristische Schranke, welche dieselben rechtlich unmöglich, d. h. unerlaubt macht. Diese beiden Dinge verwechselt Baron, wenn er von seinem Standpunkt aus gleichwohl behauptet (S. 112): Zum Erwerb und zur Fortdauer des Besitzes werde „erfordert, daß die Sache vor Jedem außer dem Besitzer gewehrt, geschützt ist (custodia), das heißt, daß Andere von der Sache wirklich ausgeschlossen sind"; Letzteres ist eine Selbsttäuschung Barons und dürfte es bleiben, so lange es Leute geben wird, die ihr Thun nicht genau innerhalb ihres Dürfens halten, und eben so lange wird diese Baron'sche custodia uns Schloß und Riegel nicht ersetzen. So trivial die Bemerkung klingen mag, daß Nicht-Können und Nicht-Dürfen zweierlei, daß Nehmen-Dürfen noch nicht Haben ist, so beruht doch auf der Vermengung und Verwechslung dieser Begriffe Barons verkehrte Interpretation der L. 3. §. 13. cit. zusammt der daraus entwickelten Konstruktion der custodia: Nerva's Worte „quatenus,

si velimus, naturalem possessionem nancisci *possimus*" handeln nicht, wie Baron annehmen muß, von der rechtlichen, sondern von der faktischen Möglichkeit die Sache nach Belieben zu ergreifen, und nur wo die letztere dem wollenden Subjekt (durch gewisse Anstalten) dauernd gewahrt wird, liegt nach der richtig verstandenen Ansicht Nerva's Besitz durch custodia (im objektiven Sinn) vor. — Es muß demnach festgehalten werden, daß die custodia nicht das mehr oder weniger ausschließliche Fundament des Mobilienbesitzes, sondern lediglich eine bestimmte Form der Ausübung desselben ist, welche zwar (wie Baron S. 99 richtig bemerkt) auf den speziellen Fall der Wohnung (L. 18. §. 2. D. h. t.) nicht beschränkt werden darf, überall aber ein thatsächliches, nicht bloß ein rechtliches „Gewehrtsein" der betreffenden Sachen voraussetzt. —

2) Apprehension des Rechtsbesitzes (Quasitraditio).[49])

Wenn oben (S. 30—48) gezeigt wurde, daß unter allen Rechten („unkörperlichen Sachen" §. 312) nur die Servituten und Reallasten Gegenstand der Tradition sein können, so ist nun zu untersuchen, wie diese Tradition vor sich geht. — Der Zweck der Uebergabe körperlicher Sachen ist, den Uebernehmer zum Besitzer (und dadurch eventuell Eigenthümer) der tradirten Sache zu machen; hier handelt es sich darum, demselben den Quasibesitz des fraglichen Rechts zu verschaffen: Quasitradition ist Einräumung des Quasibesitzes. Die Formen, in denen sich die Apprehension des Rechtsbesitzes bewegt und um deren Angabe es sich hier handelt, sind verschieden je nach der Natur des einzelnen Rechts, welches traditione bestellt werden soll; es müssen daher im Folgenden die Reallasten von den Servituten unterschieden, und innerhalb der Letzteren wieder die einzelnen Klassen derselben gesondert betrachtet werden.

A. Servituten.

Das ältere römische Civilrecht, welches seiner streng begrenzten Auffassung des Besitzbegriffs gemäß Tradition unkörperlicher Sachen als begriffswidrig verwerfen mußte (L. 3. §. 2. D. de A. E. V. 19, 1.

---

[49]) Vgl. dazu namentlich Elvers, Servitutenlehre §. 63—66, Savigny, Bes. §. 44—46, Vangerow I. §. 350, Randa §. 26—30.

L. 43. §. 1. D. aqu. domin., *Gaj*. II. 19, 28), kannte keinen Besitzakt als Bestellungsform von Servituten.[50]) Es war die Folge der später entwickelten Theorie vom Quasibesitz der Rechte (vgl. oben S. 33 f.), daß man annahm, wie durch traditio Sachbesitz, so könne durch eine der Tradition analoge Erwerbshandlung der Quasibesitz der Servituten erworben werden;[51]) Ulpian bereits spricht von der Tradition

[50]) Zu Gajus Zeit noch gab es nur vier civile Formen der Servitutbestellung unter Lebenden: Adjudicatio, In jure cessio für alle, Mancipatio für Rustikal-Servituten (Gajus II. 29. cf. Ulp. Fragm. 19. §. 11.) und Deductio bei Gelegenheit der Manzipation der Sache (Gajus II. 33. cf. Fragm. Vat. §. 47, 50); diese letztere Form, welche auf dem altcivilen Grundsatz beruht, daß jede der Manzipation einverleibte Nebenbestimmung als lex dationis rechtliche Wirkung haben soll (vgl. Cicero de offic. III. c. 16.), wurde später auch auf die Tradition übertragen, und demgemäß rechtsgiltige Bestellung der Servitut anerkannt, wenn Jemand bei Tradition einer Sache sich an derselben eine persönliche Servitut für sich, oder ein Prädialservitut für ein anderes ihm gehöriges Grundstück vorbehielt, oder wenn er dem letzteren zu Gunsten des tradirten eine solche auflegte, dieses also als praedium dominans tradirte. Et qui duas areas habet, alteram tradendo servam alteri efficere potest. L. 34. D. S. P. U. 8, 2., L. 35. D. eod., L. 3, 6. pr. D. comm. praed. 8, 4., L. 33, 36. §. 1, L. 54 D. de usufr. u. a. m. (Eine noch weitergehende Meinung von Pomponius: L. 8. D. comm. praed. 8, 4. Dagegen Ulpian: L. 6. pr. eod.)

[51]) Hedemann (Ueber den Erwerb und Schutz der Servituten, Berl. 1861) erklärt sich gegen den Begriff der s. g. Quasitraditio als einen unrömischen und in die Quellen willkürlich hineingetragenen. An dem Grundsatz des Gajus: Incorporales res traditionem non recipere manifestum est (II. 28) hätten die Römer zu allen Zeiten festgehalten, und obgleich der Begriff des Besitzes (als juris quasi possessio) von ihnen auf die Servituten angewendet worden sei, wäre doch niemals die Einräumung dieses Besitzes (quasitraditio) Bestellungsform derselben gewesen (a. a. O. S. 79, 88 f. u. A.). Wo in den Quellen Servitutenerwerb „per traditionem“ erwähnt werde, da sei dieser Ausdruck durchaus in seinem eigentlichen Sinne (als corporis traditio) zu nehmen und beziehe sich bei Personal-S. auf die Uebergabe des Sachbesitzes am dienenden Objekt, bei Prädial-S. aber auf die Bestellung durch deductio (Note 50). — Was nun zunächst die Personal-S. betrifft, so fällt bei ihnen zwar die corporis traditio mit der juris traditio in Einen Akt zusammen, und die fragliche Unterscheidung, zu der sich unter diesen Umständen keine praktische Veranlassung bietet, könnte daher von den röm. Juristen wohl unterlassen sein, allein auch dieß läßt sich, wenigstens den entscheidenden Stellen von Ulpian gegenüber, nicht behaupten: denn wenn dieser Jurist (L. 1. pr. D. quib. mod. usufr.) sagt, „traditus quoque ususfructus . . . in fundo

der Servituten überhaupt (L. 1. §. 2. D. serv. p. rust. 8, 3.) und namentlich des Usufructus (L. 1. pr. D. quib. mod. usufr. 7, 4, L. 25. §. 7. D. de usufr. et quem. 7, 1. L. 11. §. 1. D. Publ. 6, 2) als von einer gewöhnlichen Bestellungsform derselben. Demnach bewirkt nach heutigem Recht die s. g. servitutis quasitraditio den Interdikten- und nach Umständen den Usukapionsbesitz [52]) der Servitut: zum Erwerb des dinglichen Rechts selbst aber wird nach der jetzt herrschenden, [53])

---

vectigali," so heißt dieß „der Nießbrauch am Grundstück ist tradirt", nicht aber, „das Grundstück ist zum Nießbrauch tradirt", und ebenso spricht Ulpian in L. 1. §. 2. D. S. P. R. und L. 11. §. 1. D. Publ. nicht blos, wie in andern Stellen von einer servitus „per traditionem constituta," sondern geradezu von „ususfructus traditus" und „traditio servitutium". Die weitere Behauptung Hedemanns aber, daß bei Prädial-S. Erwerb durch traditio die Bestellung per deductionem bedeute (s. z. B. S. 154), beruht auf einem Mißverständniß, oder muthet unsern Quellenschriftstellern eine durchweg mehr als ungenaue Ausdrucksweise zu; denn „gelegentlich einer Tradition (durch deductio) Servituten bestellen", ist wesentlich ein Anderes, als „durch Tradition bestellen", ebenso wie das „usumfructum mancipare" wohl zu unterscheiden ist vom „detrahi in mancipanda proprietate" — ein Unterschied, den schon Gajus in seinem Lehrbuch (II. 33) scharf hervorzuheben für nöthig hielt. — Wie heftig übrigens Hedemann sich gegen die Quasitraditio erklärt, so weicht er doch von der herrschenden Meinung nicht so weit ab, als es wohl scheinen möchte; denn auch er nimmt Erwerb des Quasibesitzes durch „patientia" an, d. h. dadurch, daß die Serv. als Recht widerstandslos ausgeübt wird, und in gewissen Fällen läßt er von diesem Besitzerwerb sogar (gegen die herrschende Meinung, welche hier nudum pactum für genügend hält, s. Note 53) den Erwerb des Rechts selbst abhängen (S. 192); diese Form des Erwerbs unterscheidet sich von der quasitraditio nur noch dadurch, daß sie auf Seiten des passiven Theils lediglich ein negatives Verhalten, bloßes wenn auch widerwilliges Dulden erfordert, während letztere überdieß noch ein positives Moment, ein Duldenwollen voraussetzt, ohne welches ja ein dinglicher Vertrag nicht zu denken ist.

[52]) Savigny, Besitz §. 45, 46. Die Möglichkeit, Servituten nach röm. Recht durch Ersitzung zu erwerben, wird jetzt gänzlich in Abrede gestellt von Hedemann a. a. O. S. 10—72.

[53]) Diese Ansicht, zuerst aufgestellt von Schmidtlein, Dissert. de servit. per pactum constituendis, Göttingen 1823, ist jetzt die herrschende (s. die Literatur bei Vangerow I. S. 751) und stützt sich namentlich auf: L. 25. §. 7. D. de usufr. . . . . quotiens jure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem, vel stipulationem, vel alium quemque modum . . ., Gaj. II. 31., §. 4. J. de serv. praed., L. 3. §. 14. De de vi, u. a. m.

aber keineswegs unbestrittenen[54]) Meinung diese Tradition gar nicht erfordert, sondern derselbe kann schon durch bloßen Vertrag bewirkt werden. Letzteres war jedoch nicht die Ansicht der älteren Doktrin,[55]) welche vielmehr im Zusammenhang mit der Lehre vom Titulus und Modus, und davon ausgehend, daß durch bloßen Vertrag stets nur eine Obligation entstehen könne, die allgemeine Behauptnng aufstellte, ein jus in re aliena könne nur durch Vornahme einer Quasitradition wirksam eingeräumt werden; an die Stelle dieser Tradition trat partikularrechtlich theilweise die Intabulation. — Diesen Standpunkt nimmt denn auch das österreichische Gesetzbuch ein.[56]) Der §. 481, welcher von der „Erwerbungsart" der Servituten handelt, unterscheidet zwischen Dienstbarkeiten an beweglichen und an unbeweglichen Sachen; während Rechte der ersteren Art stets nur durch Uebergabe erworben werden können, ist bei letzteren weiter zu unterscheiden, ob das betreffende Immobile Gegenstand der öffentlichen Bücher ist, oder nicht: im zweiten Fall findet auch hier Quasitradition statt, bei Servituten an grundbücherlichen Immobilien aber ist diese als Erwerbsakt ausgeschlossen und wird durch die Eintragung in das öffentliche Buch ersetzt; das Recht selbst kann also in diesem Fall durch Tradition nicht erworben werden,[57]) sondern lediglich der (möglicherweise zur Usucapion geeig-

---

[54]) Quasitradition wird als Requisit des Servitutenerwerbs (in Uebereinstimmung mit der älteren Meinung) verlangt von Franke, civil. Abhandlungen (1826) Nr. 3, Vangerow I. §. 350, Brinz I. S. 272 f. Eine mittlere (aber gewiß unhaltbare) Meinung stellt jetzt Hedemann a. a. O. S. 80 f. auf, wonach nach justinianischem Recht Serv. zwar nicht durch formlosen Vertrag, wohl aber durch Stipulation erworben worden wären, deren Mangel jedoch durch „patientia" (s. oben Note 51) habe ersetzt werden können. — Vgl. auch Zimmern, Archiv f. civ. Pr. Bd. VII. Nr. 17.

[55]) Arndts Pand. §. 188. Anmerk. 1, Vangerow I. S. 751.

[56]) S. oben S. 48, 49.

[57]) Von diesem Grnndsatz soll nach der irrigen Meinung einiger österreich. Schriftsteller eine Ausnahme bestehen rücksichtlich einer gewissen Klasse von Servituten. Wenn ich mir nämlich von meinem Nachbar eine jener Prädialservituten, welche „sinnliche Merkmale an der dienstbaren Sache zurücklassen", also z. B. „durch einen in die Augen fallenden Bau erkennbar sind", durch bloßen Vertrag (ohne Intabulation) habe bestellen lassen und sie wirklich ausübe, so soll diese Servitut gegen den Rechtsnachfolger meines Bestellers dinglich wirksam sein, weil er die

nete: §. 1470) Quasibesitz. Durch bloßen Vertrag,[58]) ohne Hinzutreten des Intabulations- oder Traditions-Aktes[59]) kann demnach nach österreichischem Recht eine Servitut nie begründet werden; in Folge der Tradition aber erwirbt der Empfänger zunächst stets den Besitz des Rechts, und dieser Besitzakt gestaltet sich überall da zugleich zum Rechtsakt (Quasitraditio im eigentlichen Sinne, als Form des „jure imponere servitutem“), wo die oben angegebene Qualität des Servitutobjekts nicht entgegensteht.

Sache in dem erwähnten dienenden Zustand übernommen hat, und obwohl sie im öffentlichen Buch als unbelastet erscheint. So Schuster, Baurecht S. 375, Schopf, in seinem Archiv I. S. 93 f., (1837), Nippel III. S. 418 f. Diese Modifikation, welche im pr. L.-Rt. I. 22, §. 16—18 sich findet, später aber als undurchführbar beseitigt wurde (Anhang zum A. L.-Rt. §. 58), muß vom Standpunkt des österr. Rechts entschieden verworfen werden: Weder durch jenen Vertrag allein, noch durch die in Folge desselben eingeräumte Ausübung konnte im obigen Fall das Recht der Dienstbarkeit begründet werden; durch ersteren erwarb ich eine obligatio gegen meinen damaligen Nachbar, durch letztern (quasitraditio) den Quasibesitz einer Servitut. Mehr als possessorischen Schutz habe ich daher gegen den folgenden Besitzer des Nachbarhauses nicht zu erwarten. In diesem Sinn: Winiwarten II. S. 299, Stubenrauch II. S. 156, Nagel, in Haimerls österr. Vierteljahresschrift XVI. S. 29 f.

[58]) Nach österr. Recht ist mithin auch Servituten-Bestellung durch deductio nicht möglich, denn diese ist eben auch nichts Anderes als ein nudum pactum, welches einer datio angehängt wird. (Siehe Note 50. — Ganz konsequent von seinem Standpunkt behandelt daher Vangerow I. S. 359 den Erwerbsfall durch deductio als Ausnahme von seinem allgemeinen Satz, daß zur Begründung von Serv. nach R. R. quasitraditio erforderlich sei, eine Ausnahme, die sich aus dem altrömischen Grundsatz über die leges dationis hinreichend erklärt. Durchaus ungerechtfertigt scheinen mir daher Hedemanns Ausfälle gegen diesen Schriftsteller a. a. O., z. B. S. 152, 191.) — Hat daher in Oesterreich der Eigenthümer zweier benachbarter Bauplätze den einen verkauft und sich im Vertrag eine servitus tigni immitendi an dem andern vorbehalten, so ist ihm das dingliche Recht dadurch allein noch nicht erworben, sondern dieß geschieht erst durch Intabulation des betreffenden Anspruchs, oder, wenn die Grundstücke nicht Gegenstände eines öffentlichen Buches sind, durch wirkliche Einfügung des Balkens in das Nachbarhaus.

[59]) Anders nach französischem (C. civ. a. 690 f.) und preuß. Rt. A. L.-Rt. I. 22. §. 13 f. „Grundgerechtigkeiten können durch rechtsgiltige Willenserklärung .... eingeräumt werden“; die für „servitutes non apparentes“ früher geforderte Intabulation (§. 18. h. t.) ist durch Anhang §. 58 wieder weggefallen. Vgl. Koch, Privatrecht I. §. 339.

Unter welchen Voraussetzungen nun ist bei den verschiedenen Servituten dieser Akt als vollzogen zu betrachten?

Was den beiderseitigen animus bei der Quasitradition betrifft,[60]) so gilt hier wesentlich dasselbe, wie bei der Sachtradition; wie dort der animus tradendi des Gebers mit dem auf das nämliche Objekt gerichteten Empfangswillen des Nehmers zusammentreffen mußte, so wird hier erfordert, daß einerseits jener den Willen habe ein dingliches Recht an seiner Sache zu übertragen, andererseits dieser gewillt sei, dasselbe Recht, als Recht — nicht etwa als juristisch unverbindliche Vergünstigung — zu erwerben.[61]) In dieser übereinstimmenden Willensmeinung muß sodann die Apprehension des Rechtsbesitzes durch den Empfänger erfolgen; die Gestalt dieser Apprehension richtet sich nach dem Inhalt des in Frage stehenden Rechts:

a) am einfachsten bestimmt sich dieselbe für jene Servituten, welche ihrer Natur nach Detention der dienenden Sache durch den Berechtigten voraussetzen (Usus, Ususfructus). Hier wird der Besitz des Rechts durch Uebernahme der Detention an der Sache erworben,[62]) und es kommen die für die Apprehension körperlicher Sachen oben entwickelten Grundsätze zur Anwendung. B. Gb. §. 313. Satz 2.,

[60]) Savigny, Besitz §. 44, Elvers S. 281 f., Randa §. 25.

[61]) Bg. Gb. §. 313: „als eine Schuldigkeit". Vgl. Pr. L.-R. I. 7. §. 82, L. 25. D. quemadmod. serv. 8, 5. Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure se uti credidit..., L. 1. §. 6. D. de itinere, 43, 19, L. 7. D. eod. tamquam id suo jure faceret...

[62]) Die Einräumung der Detention, womit die Möglichkeit sofortiger Ausübung des Rechts gegeben ist, genügt, ohne daß die Vornahme einer Gebrauchshandlung erst noch dazutreten müßte. Dieß wird gegen Savigny mit Recht ausgeführt von Elvers, Servitutenlehre S. 675, Hedemann a. a. O. S. 121. (Vgl. auch unten sub lit. c. und Note 66.) Unrichtig jedoch Zielonacki, Krit. Erörterungen über die Servitutenlehre (1849) §. 153. — Für das österr. Recht kann das Gegentheil der hier vertretenen Ansicht durch den Wortlaut des §. 313, verb. „wenn Jemand die einem Andern gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet" nicht für bewiesen erachtet werden (A. M. Randa, S. 286 f., s. unten N. 66 a. E.), da diese Worte offenbar nur den gewöhnlichsten Fall vor Augen haben, und allerdings in der Regel der Beginn des Habens und des Gebrauchens zusammenfallen wird. Vgl. den bestimmten und im richtigen Sinn gefaßten §. 77. Preuß. L.-R. I. 7. „Rechte, welche mit dem Besitz einer Sache verbunden sind, werden mit der Sache zugleich übergeben".

L. 3. pr. D. de usufr. 7. 1. Dare autem (usumfructum) intelligitur, si induxerit in fundum, eumve[63]) patiatur utifrui.

b) Bei denjenigen affirmativen Prädialservituten, deren Ausübung gewisse Vorrichtungen oder Veranstaltungen auf dem dienstbaren Grundstück voraussetzt, ist die Uebergabe dann als vollzogen anzusehen, wenn die betreffende Veranstaltung (in der erforderlichen Absicht und Willensmeinung) wirklich in's Werk gesetzt ist. Unter den im b. Gb. beispielsweise aufgezählten Dienstbarkeiten gehören hierher die in §. 475. und §. 477. Nr. 1. genannten. Es ist also z. B. eine servitus luminum (§. 475. Nr. 3.) durch Tradition erworben, sobald das Fenster in die Wand des belasteten Nachbarhauses gebrochen ist, die servitus tigni immittendi (§. 475. Nr. 2.), sobald der Balken eingefügt ist,[64]) u. s. w.

c) Der Besitz einer Dienstbarkeit, welche die Befugniß zur Vornahme einzelner Handlungen auf dem dienenden Grundstücke enthält (s. g. servitutes discontinuae: „tales ... ut non habeant certam continuamque possessionem" L. 14. D. de servit. 8, 1.),[65]) wird gewiß dadurch übertragen, daß der Empfänger von der ihm eingeräumten Befugniß mit Willen des Gebers sofort Gebrauch macht. Allein wie oben rücksichtlich der Apprehension körperlicher Sachen ausgeführt wurde, daß zur Vollendung derselben das wirkliche Ergreifen der Sache gar nicht erforderlich ist, wenn nur der Nehmer in die Lage gesetzt wird sich, sobald er will, ihrer physisch zu bemächtigen, so muß konsequent hier das Entsprechende behauptet werden: Wurde mir das zu übergebende Stück Feld durch den Eigenthümer (animo tradendi) aus geringer Entfernung angewiesen, so habe ich damit den Besitz erworben (L. 18. §. 2. L. 3. §. 1. D. aqu. poss.) und es ist juristisch ganz gleichgültig, ob ich nun das Feld sofort betrete oder nicht; ganz dasselbe muß aber gelten, wenn mein Nachbar, in der Absicht mir ein Wasserschöpfungsrecht zu bestellen, mich an seinen Brunnen führt und mir hier die Befugniß einräumt, von nun an den Wasserbedarf meines

---

[63]) Auch hier also macht es keinen Unterschied, ob sich die Einräumung der Detention (und damit des Nießbrauchs) als „inducere" oder „mittere" gestaltet. S. oben S. 95 und Note 21. A. M. und unrichtig: Randa S. 302 f., 310.

[64]) L. 16. D. si serv. vind. 8, 5, L. 11. §. 1. D. Publ. 6, 2, L. 20. pr. D. S. P. U. 8, 2. u. A. Savigny S. 492, Elvers S. 676.

[65]) So z. B. die in §. 477 Nr. 2 f. aufgezählten Rechte. Randa S. 309 f.

Küchengartens aus diesem Brunnen zu beziehen. Es wäre jenen für den Erwerb des Sachbesitzes unbestritten geltenden Grundsätzen gegenüber ein Widerspruch, wollte man hier verlangen, daß der Empfänger, um sofort in den Quasibesitz der Servitut zu kommen, wirklich eine Portion Wasser pro forma aus dem Brunnen schöpfe. Vielmehr kommt es hier, wie beim Sachbesitz, immer nur darauf an, daß der Nehmer durch den Tradenten in ein Verhältniß zur dienenden Sache gebracht werde, welchem zufolge er die den Inhalt der Servitut bildende Herrschaft beliebig auszuüben in der Lage ist; damit, nicht erst mit dem ersten Akt wirklicher Ausübung ist die Quasitradition vollzogen.[66])

[66]) Das Gegentheil hievon behauptet auf Grund einer, wie mir scheint, allzu buchstäblichen Auslegung der L. 20. D. de servit. 8, 1., Elvers a. a. O. S. 677, dagegen Windscheid §. 163. N. 5. Auch Savigny S. 480 ist der hier bekämpften Ansicht: „Die Handlung, die den Gegenstand des Rechts ausmacht, muß irgend einmal ausgeübt sein," ebenso Arndts Pand. §. 187, und zwar beide unter Berufung auf L. 7. D de itinere 45, 19 (Celsus). Diese Stelle enthält zunächst nur den Satz, daß derjenige eine servitus itineris nicht besitzt, der zwar nec vi nec clam nec precario über das Grundstück gegangen ist, jedoch non tamquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur non facturus. Daraus ergibt sich weiter e contrario, daß wer nec clam etc. über das Feld gegangen ist, und zwar tamquam id suo jure faceret, ebendadurch allerdings Besitzer der Serv. geworden ist. Allein mehr als diesen zweifellosen Satz scheint die Stelle nicht zu ergeben, namentlich also nicht: daß ohne dieses wirkliche Darübergehen in keinem Fall der Besitz hätte erworben werden können. — Eine noch weiter gehende, gänzlich auf Abwege führende Meinung hat Hoffmann aufgestellt (s. dessen und Fuhr's civilist. Versuche I. S. 16 f.), wonach sogar mehrmalige Ausübung der betreffenden Handlung erforderlich wäre — eine Behauptung, die jede Bestimmtheit von vornherein aufgebend Alles auf das „arbitrinm judicis" stellt, auf einer durchaus verkehrten Auffassung der L. 1. §. 2. D. de itinere zu beruhen scheint, und kaum einer Widerlegung bedarf. Die m. E. richtige Ansicht hat schon Unterholzner, Verjährung S. 166 (1. Aufl. S. 173) und Bruns, Besitz S. 175 f. Dagegen jetzt wieder Hedemann S. 191 und Randa a. a. O. Letzterer weist das Argument aus der Analogie zum Sachbesitz ab und meint: „Zum Sachbesitz gehört eben nur Apprehension, d. i. gegenwärtige Möglichkeit ausschließlicher Macht über die Sache; zum Rechtserwerb aber gehört Ausübung des Rechtsinhalts. Apprehension (als unmittelbar realisirbare Macht) und wirkliche Ausübung, das sind die beim Erwerb des Sach- und Rechtsbesitzes einander entsprechenden Thatsachen, nicht aber: physisches Ergreifen und Ausübung." (§. 26. N. 1.) Allein die Frage ist eben doch in beiden Fällen die, ob das corpus des Besitzes auch bei

Soll aber dem Empfänger diese Möglichkeit beliebiger Ausübung gegeben sein, so setzt dieß natürlich voraus, daß die dienende Sache in einem Zustand sei, der diese Ausübung gestattet; wäre demnach im obigen Beispiel jener Brunnen zur Zeit etwa defekt, so könnte, so lange der Schaden nicht beseitigt ist, der Erwerb des Quasibesitzes selbstverständlich nicht vor sich gehen.

d) Rücksichtlich des Besitzerwerbs negativer Servituten (b. Gb. §. 476., servitutes, quae in non faciendo consistunt) ist das einfache und richtige Prinzip des österreichischen Rechts[67]) folgendes: Wenn Jemand ein Verbotsrecht gegen den Besitzer eines Grundstücks als ein dingliches geltend macht, und Letzterer sich diesem Verbot fügt, so ist Ersterer eben dadurch in den Besitz des Rechts gekommen.[68]) Die Quasitradition liegt somit hier in dem Vertragsabschluß selbst, ohne daß es eines weitern Besitzaktes bedarf; denn indem der Eine erklärt, sich dem für den Andern aus dem dinglichen Vertrag erwach-

---

nur virtueller Herrschaft über die Sache schon gegeben sei, oder ob dazu noch ein Akt reeller Bethätigung dieser Herrschaft erfordert werde. Und es liegt (von positiven Bestimmungen abgesehen) durchaus kein innerer Grund vor, diese Frage hier beim Rechtsbesitz in anderem Sinn zu beantworten, als beim Sachbesitz. Was aber den §. 312 a. b. Gb. (s. oben) anbelangt, so behandelt derselbe den Erwerb des Sach- und des Rechtsbesitzes vollkommen gleichförmig: ersterer entsteht durch „physische Ergreifung" u. s. w., letzterer durch „Gebrauch". Es stehen sich also allerdings gerade diese Begriffe hier als die entsprechenden gegenüber; und so wenig wir auf Grund dieses §. 312 für das österr. Recht aktuelles Ergreifen der Sache zum Erwerb des Sachbesitzes forderten, ebensowenig dürfen wir aktuelles Gebrauchen des Rechts zum Erwerb des Quasibesitzes verlangen.

[67]) Vg. Gb. §. 313 verb. „wenn auf fremdes Verbot" u. s. w., §. 1459. Ebenso Pr. L.-Rt. I. 7. §. 86, 87. Randa §. 28.

[68]) So jetzt auch für das gemeine Recht Savigny S. 492 f., Elvers S. 681, Vangerow I. S. 759; ehedem war über diesen Punkt viel Streit, siehe Sav. a. a. O. N. 4 (zu der vielbesprochenen L. 6. §. 1. D. si serv. vind. vgl. jetzt noch Rudorff, Anh. zu Sav. Nr. 167). — Es bedarf hier nicht erst einer vom passiven Theil erfolglos versuchten Contravention, um für den Andern den Besitz zu begründen; dagegen entsteht derselbe aber auch nicht durch reine Passivität des Gegners, wie Hedemann S. 161 gegen die herrschende Meinung (s. die Angeff.) behauptet: es muß vielmehr diese Passivität auf bewußter Unterwerfung unter einen (begründeten oder angemaßten) gegnerischen Anspruch beruhen.

senden Verbotsrecht unterwerfen zu wollen, wird dieser dadurch schon Quasibesitzer der Servitut.

B. Reallasten.[69])

Wie die Servituten, so können auch Reallasten nach österreichischem Rechte durch bloßen Vertrag nicht bestellt werden (§. 425.), sondern es bedarf zu deren Erwerbung der Eintragung in das öffentliche Buch (§. 1469.), oder einer Quasitradition[70]) (§. 313, 1470.), je nachdem das zu belastende Grundstück[71]) Gegenstand eines öffentlichen Buches ist, oder nicht. Da nun der Quasibesitz der Reallast in der thatsächlichen Ausübung der ihren Inhalt bildenden Befugniß besteht (s. oben S. 43—46), ist dieselbe als tradirt anzusehen, wenn dieser Zustand der Ausübung durch den übereinstimmenden Willen beider Kontrahenten wirklich hergestellt worden ist, d. h. wenn der Verpflichtete dem Berechtigten in der Absicht die Realleistung zu erfüllen wirklich geleistet, und dieser die Leistung in der entsprechenden Absicht entgegengenommen hat; die Vornahme der Leistung bildet hier das corpus der Apprehension. Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken:[72])

a) Den entsprechenden animus beiderseits vorausgesetzt, genügt die Einmalige Entgegennahme der Leistung, um für den Empfänger die in Frage stehende Berechtigung als dingliche zu begründen[73]) (§. 313.).[74])

---

[69]) Randa §. 30.

[70]) Vom Erwerb des Besitzes an Reallasten handelt §. 313. Satz 1, vom Verlust desselben §. 351 verb. „wenn der Gegentheil das, was er sonst geleistet hat, nicht mehr leisten zu wollen erklärt“. Vgl. Pr. L.-Rt. I. 7. §. 80.

[71]) Es kommt in dieser Beziehung bei der Bestellung von Reallasten sowohl als von Servituten allein auf das zu belastende Grundstück an: arg. §. 481. „das dingliche Recht auf ... solche Gegenstände, die in den öffentlichen Büchern eingetragen sind“.

[72]) Vgl. dazu Dunker, Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. II. S. 25—114, Bd. XI. S. 450 f., Gerber, System §. 169, Randa S. 333 f.

[73]) Für das gemeine Recht wird dieß unter Berufung auf L. 1. §. 2. D. de itinere (s. auch Hoffmann's Ansicht, oben N. 66) bestritten von Wiener, Syst. proc. jud. 2, §. 265. Dagegen Dunker a. a. O. S. 58 f. S. auch den R.-Absch. von 1548. §. 59. „... wo sich befinde, daß ein ausgezogener Stand innerhalb Menschengedenken eins, zwei oder mehrmal hätte dem heil. Reich zugesteuert, und also das Reich in quasi possessione wäre...“

[74]) Eine Ausnahme von dieser Regel kann aus b. Gb. §. 1471 nicht gefolgert werden, da dort ein Erforderniß der Ersitzung, nicht des Besitzerwerbs aufgestellt wird.

b) Wenn der Verpflichtete gewillt und bereit ist zu leisten,[75]) der Berechtigte aber auf die einzelne Leistung, welche sofort entgegenzunehmen ihn nichts hindern würde, entgeltlich oder schenkungsweise verzichtet, so steht dieser Verzicht rücksichtlich der Besitzfrage dem wirklichen Empfang der Leistung vollkommen gleich.[76])

c) Wie der Sachbesitz sich nicht weiter erstrecken kann, als die Detention (§. 315.), so ist der Umfang des durch Tradition erworbenen Quasibesitzes durch den Umfang der vorgenommenen Rechtsausübung bestimmt. Wer sich daher eine Realabgabe von jährlich 100 durch Vertrag hat zusichern lassen, bisher aber lediglich 50 jährlich wirklich erhielt, der ist im Quasibesitz einer Reallast pro 50, und hat rücksichtlich der weiteren 50 lediglich ein persönliches Recht.

---

[75]) Anders, wenn der Betreffende die Leistung blos zugesagt, oder die Reallastberechtigung des Gegentheils vorerst nur „im Prinzip" anerkannt hätte.

[76]) Es ist dieß lediglich eine Konsequenz aus dem allgemeinen Grundsatz, der auf die Apprehension des Servitutenbesitzes oben lit. c. angewendet wurde. Anders auch hier Randa S. 331. N. 5. gegen Bruns, Besitz S. 200, 475.

V.

Tradition durch Stellvertreter.[1])

Es sind im Obigen die Voraussetzungen ausgeführt, von denen die Tradition als dinglich wirksamer Vertrag abhängt; dabei wurde bisher stets vorausgesetzt, daß die Personen, welche in das zu erzeugende Rechtsverhältniß eintreten sollen, das betreffende Rechtsgeschäft selbst vornehmen, daß also diejenigen auch die Ursache ihrem ganzen Umfang nach setzen, auf welche die Wirkung fallen soll. Durch den Grundsatz der Zulässigkeit juristischer Stellvertretung wird es nun aber bekanntlich unter gewissen Voraussetzungen möglich den rechtlichen Erfolg eines Geschäfts an Subjekte zu knüpfen, welche den betreffenden Handlungen selbst ganz oder theilweise fern geblieben sind. Es ist schon oben (S. 52) bemerkt, wie auf diesem Weg allein dem Vermögen handlungsunfähiger Personen die Wege des Verkehrs geöffnet werden können. Gerade hier mußte der Gedanke der freien Stellvertretung zum Durchbruch kommen und allmälig zur Nothwendigkeit werden;[2]) einmal anerkannt, konnte er jedoch auf diese Nothfälle für die Dauer nicht beschränkt bleiben: jenes Mittel, vom Recht erfunden, um dem juristisch Verstümmelten ein künstliches „Erwerbs-

[1]) Savigny, Bes. §. 26 f., Vangerow I. §. 205, Unger II. §. 90, Scheurl, Beiträge Nr. 8, Jhering, Jahrb. für Dogm. I. S. 324 f., II. S. 87 f., Scheurl, daselbst II. Nr. 1, Bremer, Zeitschr. für Civilr. u. Proz. n. f. XI. S. 211 f., XVII. S. 193 f. — Für das österr. Recht jetzt Randa, Besitz §. 20.

[2]) S. dazu Savigny, Obl. II. S. 36 f.

organ" erst zu schaffen, ist auch dem Gesunden nicht minder brauchbar, um seine natürlichen Organe zu unterstützen und zu vervielfältigen. Daher zieht sich die Tendenz, den Gedanken der juristischen Stellvertretung immer allgemeiner nutzbar zu machen, durch die ganze Rechtsgeschichte hindurch von den ältesten Zeiten an, wo man die Möglichkeit eines Rechtserwerbs durch gewaltfreie Personen prinzipiell verwarf,[3]) bis zu dem allgemeinen (freilich viel zu weit gefaßten) Satz des kanonischen Rechts: Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum.[4])

Rücksichtlich des hier allein in Rede stehenden Geschäfts der Besitzergreifung und des Erwerbs dinglicher Rechte durch den naturalen Akt der Tradition war diese Entwicklung im Wesentlichen[5]) schon zur Zeit der klassischen römischen Jurisprudenz vollendet; es galt der Grundsatz: per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium. (L. 20. §. 2. D. de aqu. r. domin.)[6]) Nach heutigem gemeinen und ebenso nach österreichischem Recht unterliegt die Zulässigkeit der Stellvertretung beim Besitz- und Eigenthums-Erwerb keinem Zweifel; wenn sich im a. b. Gb. ausdrückliche Bestimmungen über den Erwerb und Verlust des Besitzes durch Stellvertreter

---

[3]) Das ältere röm. Recht stellte bekanntlich die Grundregel auf: per extraneam personam nihil aquiri posse, und noch die spätern Juristen hielten an jenem Satz mit großer Zähigkeit fest, obwohl derselbe zu ihrer Zeit bereits in wesentlichen Punkten überwunden war. Gajus II. §. 95, §. 5. Inst. per quas personas 2, 9.

[4]) C. 68. in VI[to] de regul. jur. 5, 12, cf. c. 72. in VI[to] eod.

[5]) Wenn man mit der herrschenden Lehre (Sav., Bes. S. 316, Näheres darüber unten) Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum als im Sinn der Pandektenjuristen unmöglich erklärt, so muß man in der durch die heutige gemeinrechtliche Praxis postulirten Zuläßigkeit eines solchen Erwerbes eine Weiterentwicklung in der angegebenen Richtung erblicken.

[6]) Vgl. auch Paulus, Sent. Rec. V. 2 §. 2, L. 1. C. per quas person. 4 27, §. 5. J. eod. 2, 9, L. 11. §. 6. D. pign. act. 13, 17, L. 8, C. de aqu. poss. 7, 32. — Nur für die civilen Erwerbsarten wurde der alte Rechtssatz aufrecht gehalten: Ea quae civiliter aquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt aquirimus, veluti (per) stipulationem; quae naturaliter aquiruntur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere aquirimus. L. 53. D. aqu. domin.

nicht finden,[7]) so hat dieß seinen Grund darin, daß das Gesetzbuch den Besitz der älteren Theorie gemäß als dingliches Recht auffaßt (§. 308) und davon ausgeht, daß derselbe wie andere Rechte nach den in §. 1017 allgemein aufgestellten Grundsätzen durch Vermittlung eines Dritten[8]) erworben und verloren werden könne.[9]) —

Wo überhaupt bei einer Tradition dritte Personen interveniren, kann dieß in rechtlich sehr verschiedener Weise geschehen, und keineswegs alle Formen jener möglichen Intervention fallen unter den Begriff der Stellvertretung. So sind vor Allem die Fälle hier auszuscheiden, wo der Dritte gar nicht selbst wollend und handelnd auftritt, sondern lediglich als Instrument in der Hand eines der Kontrahenten beim Vertragsabschluß mechanisch mitwirkt; so der Bote, welcher keinen eigenen Willen, sondern den seines Absenders erklärt, also nur als Vehikel dieser Vermittlung („lebender Brief") fungirt. Hätte also z. B. der Geber seinen Traditionswillen an den die Sache zur Zeit detinirenden Empfänger durch einen Boten erklären lassen, so könnte bei der nunmehr erfolgenden traditio br. m. von Stellvertretung im juristischen Sinn nicht die Rede sein. — In gewissem Sinn den geraden Gegensatz zum Boten bildet die Mittelsperson (interposita persona), welche selbst und für sich, aber nicht im eigenen Interesse die Tradition abschließt, sondern in der Absicht, den Uebergang des Eigenthums von Einer Person auf eine Andere in der Art zu vermitteln, daß sie selbst zunächst zum Eigenthümer gemacht wird,[10]) um dieses Eigenthum so-

---

[7]) Auch von den Commentatoren wird diese wichtige Lehre kaum berührt, geschweige denn erschöpfend behandelt. Siehe z. B. Zeiller II. S. 227, Nippel III. S. 101, Stubenrauch I. S. 633, 639 f. — Ebenso arm an gesetzlichen Normen über dieses Verhältniß ist das franz. Recht. Vgl. C. civ. a. 2228, C. de proced. a. 23, wo die Möglichkeit durch Andere zu besitzen nur vorausgesetzt wird.

[8]) Die Normen des §. 1017 treffen zunächst nur einen speziellen Fall der Stellvertretung, nämlich die auf Mandat beruhende; allein was hier rücksichtlich des „innerhalb den Grenzen der Vollmacht" handelnden Mandatars bestimmt ist, gilt für jeden innerhalb seiner Befugniß handelnden Stellvertreter.

[9]) Das Gesetzbuch folgt hier dem A. Landrecht, welches diesen Gedanken ausdrücklich ausspricht in I. 7. §. 45. „Nur in so ferne Rechte durch die Verträge eines Andern erlangt werden können, kann auch der Besitz durch die Handlungen eines Andern erworben werden."

[10]) Eben auf diesem Moment beruht das Eigenthümliche dieses Verhältnisses,

dann weiter zu übertragen; eine solche Mittelsperson ist X, wenn ihm von A eine Sache zu Eigenthum gegeben wird, damit er sie an B tradire; thut er dieß, so ist der Zweck, auf den es bei der ganzen Operation ankam, nämlich die Sache des A in's Eigenthum des B zu bringen, auf einem Umweg [11]) durch zwei Traditionen erreicht, durch die erste derselben wurde X Eigenthümer, durch die zweite gab er dieses Eigenthum wieder ab, in beiden Geschäften aber handelte er, wenn auch ökonomisch im Interesse Anderer, doch juristisch selbstständig, als Prinzipal.

Zwischen dem Boten und der interposita persona in der Mitte steht der juristische Stellvertreter: er unterscheidet sich von Ersterem dadurch, daß er seinen eigenen Willen erklärt, von Letzterem dadurch, daß er ausdrücklich oder stillschweigend im Namen eines Dritten handelt, so daß das von ihm in's Leben gerufene Rechtsverhältniß unmittelbar diesen Dritten zum Subjekt haben soll. — Eine Stellvertretung in diesem Sinn kann bei der Tradition wieder in doppelter Weise stattfinden; entweder nämlich es wird der Traditionsvertrag im Ganzen, also sowohl die vertragsmäßige Disposition über das Recht als der dieselbe perfizirende Besitzakt, durch eine Person im Namen einer Andern abgeschlossen, [12]) oder aber die Stellvertretung beschränkt sich auf den Besitzakt, so daß lediglich die Ueberlassung und Ergreifung des Besitzes durch Repräsentanten vermittelt wird, während das innere Moment des dinglichen Vertrags, der Konsens, zwischen den Hauptpersonen selbst erfolgt ist. [13]) In diesem letzteren Fall fehlt der Tradition

wodurch es sich von der Stellvertretung wesentlich unterscheidet; es kommt daher auf die Willensmeinung des Gebers an, ob die fragliche Person Eigenthümer und damit Mittelsperson, oder bloß Detentor mit dem Auftrag zu tradiren, also Stellvertreter geworden ist.

[11]) Verschiedene Gründe können die Parteien veranlassen diesen Umweg zu wählen, anstatt ihren Zweck durch Eine Tradition direkt zu erfüllen. S. Unger a. a. O. N. 26, Ihering, I. S. 317 f., Scheurl, Jahrb. f. Dogm. II. Nr. 1. — Bei den Römern lag eine harte Versuchung zu derlei Manövern in dem Verbot der Ehegattenschenkung, daher gerade in diesem Zusammenhang von den „interpositis personis" vorzugsweise gehandelt wird; s. z. B. L. 5. pr., §. 2, L. 11. §. 2, 7. D. de donat. int. vir. 24, 1.

[12]) z. B. der Kurator eines Wahnsinnigen tradirt eine diesem gehörige Sache.

[13]) z. B. Jemand schickt seinen Diener, um eine von ihm bereits gekaufte Sache abzuholen. Der Diener ist in solchen Fällen stets Stellvertreter (nicht etwa

zur Vollendung nichts mehr als der Uebergang des Besitzes auf den Empfänger, und nur dieser soll durch Repräsentanten bewerkstelligt werden. Nach den bekannten, auch in Oesterreich geltenden Grundsätzen des Römischen Rechts (Paul. Sent. V. 2. §. 1. L. 3. §. 12. D. poss.) geschieht dieß dadurch, daß der Stellvertreter die Detention der Sache [14]) mit dem Willen ergreift für den Herrn zu besitzen. [15]) Sind also die Parteien darüber einig, daß sie das Eigenthum einer gewissen Sache übertragen wollen, so kann dieß dadurch geschehen, daß der Geber die Detention durch seinen Stellvertreter aufgibt, der Nehmer sie durch den seinigen ergreifen läßt; sobald Letzteres geschehen, ist die Tradition perfekt, auch wenn der Empfänger von der Vornahme des Apprehensionsaktes nicht unterrichtet wäre. [16]) Die Thätigkeit des Stellvertreters beschränkt sich hier rein auf den Besitzakt; er perfizirt einen (binglichen) Vertrag, indem er für den einen Kontrahenten Besitz erwirbt, allein er selbst ist diesem Vertrag durchaus fremd, ja es kann ihm die Existenz eines

bloß Bote), aber nur für den Besitzakt, nicht auch für den Rechtsakt (Eigenthumsvertrag). M. E. unrichtig ist die Ansicht Randa's a. a. O. S. 207, 208, wonach die Ergreifung des Besitzes auch durch einen Boten (Gehilfen) geschehen könne, denn ergreift der Diener auch auf speziellen Befehl des Herrn die Detention einer bestimmten Sache, so erklärt oder verwirklicht er damit doch nicht den Willen des Herrn als dessen „lebendes Werkzeug", sondern er setzt ein eigenes, von dem des Letzteren verschiedenes Wollen: er will für den Herrn, dieser durch ihn die Sache haben. Auf diesem Willen des Dieners beruht der Erwerb des Herrn, Ersterer führt also durch den eigenen Willensakt den entsprechenden Erfolg für den Letzteren herbei, und dieß eben macht den Begriff der Repräsentation aus.

[14]) Dasselbe gilt rücksichtlich des Quasibesitzes der Rechte: Indem der Stellvertreter den Inhalt des Rechts im Namen des Herrn ausübt, erwirbt dieser den Quasibesitz, und damit, wo es sich um Vollzug einer Quasitraditio handelt, das Recht selbst. Cap. 17. X. de praescript. 2, 26. L. 4. §. 2. D. de precario, 43, 26. cf. L. 2. §. 3. L. 3. D. h. t.

[15]) L. 1. §. 20. D. h. t. 41, 2.... cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent.

[16]) Per liberam personam ignoranti quoque aquiri possessionem.... receptum est. L. 1. C. aqu. poss. 7, 32., §. 5. J. per quas person. L. 49. §. 2. D. possess.

solchen gänzlich unbekannt sein.[17]) Daher bedarf es für die hier in Rede stehenden Fälle nicht eines vertragsfähigen (§. 865), sondern lediglich eines nach §. 310 zur Besitzergreifung befähigten Individuums,[18]) um durch dasselbe das Eigenthum zu erwerben.[19])

Aus demselben Gesichtspunkt ergibt es sich, daß hier ein Irrthum des Repräsentanten, welcher in der Person des Prinzipals ein wesentlicher, den Traditionswillen ausschließender (siehe unten Kap. VII.) wäre, gänzlich irrevelant sein muß,[20]) wofern nur der Besitzwille dadurch nicht ausgeschlossen wird. Irrte also die mit der Uebergabe beauftragte Person etwa hinsichtlich der Persönlichkeit des Nehmers, oder einer wesentlichen Beschaffenheit der Traditionssache, so wird die Giltigkeit der Eigenthumsübertragung dadurch nicht berührt; dagegen schließt allerdings ein Irrthum über die Identität der Sache seitens des Repräsentanten den Besitzwillen nothwendig aus[21]) und macht den Akt auch dann rechtlich unwirksam, wenn der Repräsentant gerade

---

[17]) Das Perfectwerden der Tradition wird ebensowenig dadurch beeinträchtigt, daß etwa der Stellvertreter des Nehmers, indem er die Sache apprehendirt, für den Herrn zu occupiren glaubt, als durch etwaige mala fides des Ersteren. (Wenn er z. B. die erhaltene Sache für eine gestohlene hält. Pr. L.-Rt. I. 7. §. 22.)

[18]) Randa S. 200, Zeiller II. S. 45, Nippel III. S. 65, 66. L. 1. §. 9. D. poss. . . . talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi.

[19]) Verloren wird der Besitz selbstverständlich auch durch Willensunfähige. Wer daher die zu tradirende Sache durch ein Kind dem Empfänger überbringen läßt, verliert Besitz und Eigenthum, sobald dieser sie dem Kinde abgenommen hat. Umgekehrt aber erwirbt der Empfänger, der die ihm bestimmte Sache durch das Kind holen läßt, den Besitz desselben nicht sofort mit der Einhändigung an das Kind, sondern erst durch eigene Apprehension, denn das Kind kann so wenig für Andere als für sich apprehendiren. Das Gegentheil würde sich aus der von Randa a. a. O. (oben Note 13) vertheidigten Ansicht ergeben, und dafür scheint ein Billigkeitsmoment zu sprechen mit Rücksicht darauf, daß nach österr. Recht der Geber in der Regel erst mit dem Uebergang des Besitzes vom periculum rei befreit wird (§. 1049), daher zufällige Beschädigungen der Sache in den Händen des vom Nehmer geschickten Kindes jenen treffen würden. Allein dieses Bedenken behebt sich durch die vom Gesetzbuch §. 429 getroffene singuläre Bestimmung, wonach die Gefahr der Sache (wenn auch nicht der Besitz, s. unten die Anmerkung) in unserem Fall sofort mit der Einhändigung an das Kind auf den Nehmer übertragen wird.

[20]) Hoffmann, Einfluß des Irrthums auf Verträge, S. 129.

[21]) L. 34. pr. §. 1. D. possess., dazu Scheurl, Beiträge S. 215 f.

die Sache, welche er ergreifen sollte — aber in der Meinung, er habe eine andere Sache vor sich — wirklich ergriffen hat;[22]) hätte er eine andere Sache ergriffen, als die, welche tradirt werden sollte, so wird dadurch selbstverständlich keine von beiden Eigenthum des Prinzipals, da rücksichtlich der in Besitz genommenen Sache der Consens der Partheien, rücksichtlich der Anderen aber die Besitzergreifung mangelt. — Und ebenso müssen wir behaupten, daß hier allein die Person des Prinzipals in Rücksicht zu ziehen ist, wenn der Erwerb nach den Grundsätzen des §. 367 vom Nichteigenthümer erfolgen soll, also durch die bona fides des Empfängers mit bedingt ist. Denn der Vertreter steht unserer Voraussetzung zufolge außerhalb des Traditionsvertrags, ihn kümmert nur die Besitz- nicht die Rechtsfrage; auf seine etwaige mala fides kann also nichts ankommen.

Wichtiger als das eben besprochene Verhältniß, wo sich die Stellvertretung auf den zur Perfektion der traditio erforderlichen Apprehensionsakt beschränkt, sind die Fälle einer vollständigen Stellvertretung im Traditionsvertrag: hier wird das Rechtsgeschäft seinem ganzen Inhalt nach (inneres und äußeres Moment) von der Einen Person, dem Repräsentanten, abgeschlossen, die juristische Wirkung desselben aber unmittelbar kraft rechtlicher Fiktion auf einen Andern, den Prinzipal, übertragen, so daß der aus der Tradition entspringende Erwerb oder Verlust des dinglichen Rechts direkt an diesen letzteren geknüpft wird. Nur von diesem Verhältniß soll im Folgenden die Rede sein, und es

---

[22]) Dieß verlangt die Konsequenz; denn so wenig Jemand für sich Besitz erwirbt, wenn er eine andere Sache, als die, welche er im Sinn hat, ergreift (L. 34. pr. cit.) ebensowenig kann er es für einen Anderen, da in beiden Fällen gleichmäßig der auf die vorliegende Sache gerichtete animus possidendi fehlt. Die entgegengesetzte Entscheidung Ulpians: Sed si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut aquiram possessionem (L. 34. §. 1. fin. cit.) enthält eine kaum zu rechtfertigende Singularität zu Gunsten des dominus. (Die Worte „magis est, ut“ bedeuten übrigens eine mildere, nicht zu bestimmte Form der Behauptung, sind demnach etwa zu übersetzen mit „es wird eher anzunehmen sein, daß“, nicht aber, wie Scheurl a. a. O. Note 12 will, mit „hier ist es ganz unzweifelhaft, daß“ ...) Der Inhalt unserer Stelle hat schon bei Aelteren Anstoß erregt. Vgl. z. B. Westphal (Syst. des R.-Rts. über die Arten der Sachen u. s. w. 1791), welcher meint, dieselbe sei „als eine bloße Spekulation der Alten anzusehen, aus welcher nichts zu machen“. S. 119.

handelt sich darum, die Voraussetzungen anzugeben, unter welchen zwei Personen in dieser Weise über Sachen und Rechte eines Dritten durch Tradition giltig verfügen.[23])

a) Die Grundvoraussetzung ist das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen der den Traditionsvertrag abschließenden Person und der, für die derselbe wirken soll, eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen Letztere von Rechtswegen als Prinzipal, Erstere als Repräsentant erscheint, mithin befugt ist, jene im Verkehrsleben „vorzustellen" (b. Gb. §. 1017); ohne in einem solchen Verhältniß zu stehen, kann Niemand für einen Dritten tradiren, noch mit sofortiger direkter Wirkung für ihn in Empfang nehmen.[24]) Es ist aber dieses Verhältniß — auf welchem Grunde immer es beruhen mag — stets von beschränkter Ausdehnung: Niemand kann einen Andern so ganz „vorstellen," daß alle seine juristischen Handlungen, sofern er sie in dieser Absicht vornähme, vermittelst jener Fiktion auf den Prinzipal bezogen würden; vielmehr ist in dem Rechtsgrund des Stellvertretungsverhältnisses jedesmal auch ein bestimmter Umfang seiner Rechtswirksamkeit gegeben.[25]) Eine Tradition, welche über die Grenzen desselben hinausgeht (z. B. unentgeltliche Tradition auf Grund einer bloß generellen Vollmacht[26]) hat gar keine rechtliche Wirkung: nicht für den vermeintlichen Prinzipal, weil es hier an einer Voraussetzung wirksamer Stellvertretung fehlt, nicht für den Mandatar, weil dieser nicht für sich handeln wollte.[27]) Der Rechtsgrund des Stellvertretungsverhält-

---

[23]) Es wird genügen, die betreffenden Grundsätze zunächst für die Eigenthumstradition im Folgenden anzugeben, da dieselben durchaus analog auch für Tradition zu Pfandrecht und Quasitradition gelten.

[24]) Zeiller III. S. 54, vgl. b. Gb. §. 1035.

[25]) So sind den Vormündern und Curatoren durch gesetzliche Anordnung (z. B. §. 233, 234), den Organen einer juristischen Person durch die Statuten derselben, dem Mandatar durch seine Vollmacht (§. 1008) die Grenzen ihrer Vertretungsbefugniß gezogen.

[26]) §. 1008. Wieder ein Fall, wo nur mit Rücksicht auf die **causa** der Tradition über die Rechtsgiltigkeit derselben erkannt werden kann. — Ueber den Begriff der unentgeltlichen Hingabe s. oben S. 70 f.

[27]) Vgl. L. 15. §. 2. D. contr. emt., L. 35. D. aqu. dom. — Daß ein solches Handeln mit Ueberschreitung der Vertretungs-Befugniß unter Umständen obligatorische Wirkungen (§. 1009 fin.) erzeugt, versteht sich von selbst.

nisses[28]) kann in einem Gewaltverhältniß (eheherrliche, väterliche, vormundschaftliche Gewalt), einer gerichtlich angeordneten Kuratel (§. 1034), der Verfassung einer juristischen Person, oder in einem zur Begründung desselben zwischen dem Repräsentanten und Prinzipal abgeschlossenen Rechtsgeschäft (Mandat, §. 1002, 1006) liegen; im letzteren Fall ist es zur giltigen Vornahme der Tradition durch den Repräsentanten nicht erforderlich, daß der Auftrag speziell auf Uebergabe oder Uebernahme der — individuell oder der Gattung nach — bestimmten Sache laute, sondern es genügt hiezu auch ein generelles, auf Vermögensverwaltung überhaupt gerichtetes Mandat.[29])

Mit dem Aufhören des die Repräsentation begründenden Rechtsverhältnisses behebt sich für den gewesenen Vertreter regelmäßig die Möglichkeit für den Prinzipal zu geben oder zu empfangen;[30]) zufolge

---

[28]) S. Unger II. S. 139, Randa S. 188 f.

[29]) Für das österr. Recht (vgl. oben S. 127 bei Note 9) kann dieß keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Randa S. 197. Das Gegentheil behaupten für das gem. Recht Savigny, Besitz S. 316, Puchta im Rechtslex. II. S. 61, Scheurl, Beiträge S. 212 f., Schirmer, Zeitschr. f. Civilr. und Proz. n. f. Bd. XIV. Nr. 3. u. A. unter Berufung auf Paul. S. R. V. 2. §. 2. und L. 42. §. 1. D. possess. (vgl. §. 5. J. per quas person. 2, 9., L. 13, 20, 53 D. domin., L. 1. §. 20. D. poss., L. 47. D. usurp., L. 1, 8. C. aqu. poss. 7, 32). Allein Bremer (Linde's Zeitschr. n. f. XI. S. 211 f.) hat die ältere (von Donellus Comm. V. 8. §. 10. und Vinnius Inst. Comm. II. 9. §. 6. vertretene) Ansicht in überzeugender Weise wieder zur Geltung gebracht, wonach (L. 42 und §. 2. citt. durch Annahme einer negot. gestio zu erklären sind, und) durch den procurator omnium bonorum ganz ebenso Besitz und Eigenthum erworben wird, wie durch den Vormund oder den Sklaven cum peculio: es liegt in der Aufstellung des procur. omn. bon. in der That ganz ebenso, wie in der Einräumung des peculium an den Sklaven oder filius familias die Erklärung des anticipirten Erwerbswillens für alle Aquisitiv-Handlungen desselben. Dieser Ansicht sind mit Recht die meisten Neueren beigetreten, s. die Citate bei Randa a. a. O. N. 12. und jetzt auch Rudorff zu Savigny Nr. 93. Ebenso für das preuß. Recht. Koch I. §. 177.

[30]) Das Repräsentations-Verhältniß muß im Augenblick der Tradition zu Recht bestehen; war daher in diesem Augenblick die Vormundschaft, Curatel bereits aufgehoben, das Mandat widerrufen oder durch den Tod des Machtgebers erloschen (§. 1022), so wird durch die Tradition, auch wenn beiden Theilen diese Aufhebung unbekannt war, das Eigenthum nicht übertragen — es sei denn auf Grund der

der im Interesse des Verkehrs getroffenen Bestimmung des §. 1026 (vgl. auch Handelsgb. a. 46) jedoch wird jenes Verhältniß unter Umständen als bestehend betrachtet (fingirt), wenn gleich es thatsächlich bereits aufgehoben ist; in diesen Fällen[31]) also ist die Tradition ausnahmsweise doch wirksam (für den dominus), obgleich die handelnde Person mit derjenigen, für welche die Handlung wirken soll, zur Zeit in keinem darauf bezüglichen Rechtsverhältniß steht.

Keine Ausnahme von unserer Regel aber ist es, daß die von einem unberechtigten Dritten ohne Wissen und Willen des Eigenthümers vorgenommene Tradition durch nachträgliche Genehmigung des Letzteren nach rückwärts Giltigkeit erlangt[32]) (§. 1016), denn der nachträglich ratihabirende Wille schafft nach allgemeinen Grundsätzen ein mit retroaktiver Kraft wirkendes Rechtsverhältniß.[33])

Bestimmungen des §. 367. (... si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde mortuo me ignorans dederis, accipientis non facies. L. 41. D. R. C. 12, 1. L. 2. §. 6. D. donat. 39, 5).

[31]) Die Kritik der Bestimmungen des §. 1026 gehört in's Obligationenrecht. Unrichtig ist es, wenn Stubenrauch III. S. 225 (mit Zeiller III. S. 308) seine Thesis: „Die einmal ertheilte Vollmacht muß (?) dritten Personen gegenüber solange als bestehend angenommen werden, bis ihnen die Aufhebung derselben bekannt geworden ist“ mit dem gemeinen Recht in Uebereinstimmung findet (arg. L. 26. §. 1. D. mandati); denn es läßt zwar das R.-R. in unserem Fall „utilitatis causa“ gewisse Wirkungen zwischen dem vermeintlichen Mandatar und dem *dominus* oder dessen Erben gerade so eintreten, als ob das Mandatsverhältniß noch bestanden hätte (liberatio: L. 26. §. 1. cit., §. 10. J. h. t. 3, 17; vgl. dazu L. 38. §. 1. D. de solut. 46, 3), allein gerade Dritten gegenüber kann der, wenn auch entschuldbar Irrende seinem gewesenen Prinzipal oder dessen Erben in der Regel keine Rechte vergeben. L. 2. §. 6. D. donat., L. 41. D. R. C. (Note 30). — Wesentlich übereinstimmend mit §. 1026 ist C. civ. a. 2005, mehr oder weniger abweichend und besser: Pr. L.-Rt. I. 13. §. 170, H. Gb. a. 46, Sächs. Gb. §. 1327. (L. 34. §. 3. D. solut. 46, 3.)

[32]) Unger II. S. 167, Randa S. 200 Note 16. Für den Besitz bestreitet Savigny, Bes. S. 316 (und nach österr. Recht ebenso Stubenrauch I. S. 640) die rückwirkende Kraft der Ratihabitio wegen der faktischen Natur des Besitzes, und läßt demnach den Erwerb desselben durch den Ratihabenten erst vom Moment der Genehmigung datiren; so auch das Sächs. Gb. §. 203. Dagegen Randa a. a. O.

[33]) Ratihabitionem retrotrahi et mandato non est dubium comparari. c. 10. in VI[to] de R. J. (V. 12), L. 12. §. 4. fin. D. solut. 46, 3. — Si nesciente domino res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum

b) Da der Repräsentant selbst das Geschäft abschließt, also in eigener Person will und handelt, ist zur Giltigkeit desselben erforderlich, daß er mindestens den geringsten Grad der Handlungsfähigkeit, die Fähigkeit zum Besitzerwerb (§. 310) habe; dagegen braucht er weder sich selbst durch Verträge verpflichten zu können (§. 865), noch auch fähig zu sein, für seine Person das Eigenthum der zu tradirenden Sache zu erwerben (arg. §. 1018).[34]) Auf Willens- und Handlungsfähigkeit des Prinzipals, — der ja hier weder zu wollen noch zu handeln, sondern lediglich ein Recht zu erwerben resp. zu verlieren hat[35]) — kommt nichts an.

Der Wille des Repräsentanten muß, wenn die Stellvertretung als solche wirken soll, dahin gehen, für[36]) den Prinzipal zu handeln (zu tradiren oder zu empfangen). Ausdrücklich erklärt braucht dieser Wille nicht zu sein, es genügt, daß er im Moment der Tradition vorhanden war; ob dieß der Fall gewesen, ist reine Thatfrage, muß also nach den Regeln der Interpretation von Fall zu Fall aus den Umständen[37]) entnommen werden; eine rechtliche Vermuthung gibt es

---

habuerit, dicendum est, hoc ipsum quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere (ratihabitionem) ad illud tempus, quo convenit. L. 16. §. 1. D. de pignor. 20, 1. Chambon, Negotiorum gestio (1848) S. 50 f., Dernburg, Pfandr. I. S. 228 f. Ueber die Tragweite dieser Rückwirkung unten VIII. bei N. 30 f.

[34]) Vgl. Nippel II. S. 65, Stubenrauch I. S. 640, Randa S. 200. — Der Fall, daß ein nicht vollkommen Handlungsfähiger (§. 865) für einen Andern giltig tradirt, kann nur bei der s. g. freiwilligen Stellvertretung vorkommen, diese selbst aber setzt einen vollkommen handlungsfähigen Prinzipal (Mandant) voraus; in allen übrigen Fällen ist die volle Handlungsfähigkeit des Vertreters schon Bedingung des zur Repräsentation berechtigenden Rechtsverhältnisses.

[35]) Daß aber der Prinzipal zur Zeit der Tradition rechtsfähig, und insbesondere fähig sein müsse Eigenthum — wenn auch nicht durch eigene Handlungen — zu erwerben, versteht sich von selbst. Daher kann der Kurator eines Ungebornen für diesen ebensowenig tradiren (Unger I. S. 233, Randa S. 197. Note 9, Savigny, Syst. II. §. 62), als nach älterem österr. Recht (Unger I. S. 257 f.) der christliche Vormund eines minderjährigen Juden demselben ein unbewegliches Gut (gegen die Vorschrift der k. Verordnung vom 2. Okt. 1852) durch Tradition erwerben konnte.

[36]) Für ihn, aber nicht nothwendig auf seinen Namen. Darüber unten N. 46.

[37]) Bremer a. a. O. II. S. 336 f. War z. B. der Nehmer beauftragt gerade die ihm tradirte Species oder Quantität für einen Dritten zu kaufen, so

dafür nicht.[38]) Fehlt es aber an diesem Willen, so wird durch die erfolgte Tradition keinesfalls der Prinzipal berechtigt oder verpflichtet,[39])

wird wohl anzunehmen sein, daß er dem Auftrag gemäß, also nicht für sich habe empfangen wollen. Vgl. auch den der Abhandlung von Puchta, kl. Schr. Nr. XXXII. zu Grunde liegenden Rechtsfall, wo der Mandatar die eingekaufte Partie Wolle „als für den Titius angeschafft" in seinen Büchern vermerkt hatte.

[38]) Ungerechtfertigt scheint mir die Behauptung von Scheurl, a. a. O., daß im Zweifel jede im Interesse eines Dritten handelnde Person (Mittelsperson im weitern Sinn) vom andern Kontrahenten und vom Richter für einen wahren Stellvertreter, nicht für interposita persona (Mittelsperson im engern Sinn) zu halten sei.

[39]) Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis aquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent: nobis non possunt aquirere. L. 1. §. 20. D. possess. (Paulus.) Gerade für den Fall der Tradition aber soll diese Regel nach Ulpian nicht gelten, sondern die dem Vertreter für den Prinzipal übergebene Sache letzterem auch dann erworben werden, wenn jener suo nomine empfängt: Nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi aquirat, ille quasi sibi aquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi aquirit. (L. 13. D. donat. 39, 5.) Dagegen scheint Julian diese Ausnahme nicht zuzulassen: Nam etsi procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret: nihil agetur. (L. 37. §. 6. D. domin.) — Diese letztere Stelle pflegt man (nach Savigny, Bes. S. 306, Vangerow I. S. 375) dadurch zu beseitigen, daß man das „nihil agetur" auflöst als „id non agetur" (sc. „ut suam faceret"), indem nach „agetur" hinzuzudenken sei „e mente procuratoris". Das Mißliche dieses Nothbehelfs einsehend hat Bremer a. a. O. III. (S. 249 f.) einen andern Vereinigungsversuch gemacht, der sich ziemlich allgemeiner Billigung erfreut. (Vgl. z. B. Schirmer, Linde's Zeitschr. n. f. XI. S. 458 f., Ihering, Jahrb. f. Dogm. I. S. 334, Scheurl das. II. S. 26, Brinz, Pand. I. S. 69, Windscheid I. S. 386, Randa S. 206.) Es soll nämlich nach dieser (schon von Donellus V. 10. §. 6 aufgestellten) Ansicht Alles darauf ankommen, ob der in Rede stehende Dissens bei der Tradition selbst schon offen zu Tage getreten (L. 37. cit.) sei, oder ob der Empfänger der Erklärung des Gebers gegenüber seinen abweichenden Willen geheim gehalten habe (L. 13. cit.); im ersteren Fall sei die Tradition nichtig, im letzteren aber müsse die Willensrichtung des Empfängers durchaus unberücksichtigt bleiben (Juliani sententiae locum esse, . . . in voluntate *aperta* procuratoris, . . . Ulpiani autem . . . in voluntate obscura . . . *Donellus* l. c.). Allein auch diesem Ausweg stellen sich nicht unwichtige Bedenken entgegen: Einmal fehlt es im Wortlaut unserer beiden Stellen durchaus an jedem Anhaltspunkt für die Annahme des von Bremer-Donell statuirten Gegensatzes, ja es können die korrespondirenden beiden Sätze,

„ille quasi sibi aquisiturus acceperit" und „is hac mente acceperit, ut suam faceret", dem Unbefangenen nur als dem Sinne nach identisch (Vang. S. 376) erscheinen, — sodann aber ergeben sich aus der Donell'schen Supposition eigenthümliche Schwierigkeiten bei der Konstruktion des der L. 37. §. 6. cit. unterzustellenden Falles: denn wie soll es erklärt werden, daß der Geber an den offenbar dissentirenden Empfänger die Tradition dennoch erfolgen läßt? Wenn ich dem X nur für den Y tradiren will, jener aber seinen Willen offen an den Tag legt, nicht für den Y, sondern für sich selbst (sei es nun definitiv, oder interimistisch als interposita persona) zu erwerben, so liegt es in der Natur der Sache, daß ich mit der Tradition so lange zurückhalte, bis dieser Dissens durch Nachgiebigkeit von der einen oder der andern Seite behoben ist; habe ich daher, obwohl X auf seinem Willen erklärtermassen beharrte, dennoch an ihn tradirt, so kann dieß keinen andern vernünftigen Sinn haben, als daß ich schließlich meinen Willen, nur für den Y zu tradiren, aufgegeben hatte. Es erscheint demnach die Annahme einer Tradition bei offenbarem Dissens über die Person des Nehmers darum höchst bedenklich, weil aus der Thatsache der erfolgten Uebergabe nach den Regeln der Interpretation gefolgert werden müßte, daß ein solcher Dissens im Moment dieser Uebergabe nicht mehr bestand. — Nach dem Gesagten, und da, wie aus der ganzen Gedankenfolge unserer beiden Stellen hervorgeht, Ulpian offenbar Julians Stelle vorgelegen hat (Rudorff, zu Sav. Nr. 92), wird man m. E. unbedenklich annehmen können, daß wir in den beiden besprochenen Fragmenten (über die mit Unrecht zu dieser Frage herbeigezogenen LL. 43. §. 1. D. de furtis, L. 59. D. domin. L. 2. C. de his qui a non dom. s. Savigny a. a. O. N. 3) einander geradezu widersprechende Lehrmeinungen zweier röm. Juristen über dieselbe Rechtsfrage zu sehen haben. Wir müssen uns daher für die eine oder die andere entscheiden; und da scheint mir (abgesehen von dem äußerlichen Moment, daß L. 37. cit. in den Titel de aqu. r. dom., wo unsere Frage ex professo zu entscheiden war, gestellt worden ist) die Julianische Ansicht den Vorzug zu verdienen als diejenige, welche den allgemeinen Grundsätzen über Rechtserwerb durch Stellvertreter und der ausnahmslos aufgestellten Regel des Paulus (L. 1. §. 20. cit.) allein entspricht. In der That ist auch m. W. von Niemand für die nach Ulpian (L. 13. cit.) anzunehmende Singularität ein stichhaltiger innerer Grund beigebracht worden. (Was Chambon, a. a. O. S. 169, 170 für Ulpians Entscheidung vorbringt, ist widerlegt, wenn man Folgendes im Auge behält: Man kann zwar den Besitz solo animo erhalten, aber doch nur, so lange ihn nicht ein Anderer corpore et animo ergriffen hat; und dieses Ergreifen wird durch die bloße Fortdauer des animus possidendi von Seiten des bisherigen Besitzers keineswegs irgendwie gehindert.) Die Meisten begnügen sich damit, zu sagen, bei der Tradition gelte eine Ausnahme von den sonstigen Regeln des Erwerbs per procuratorem, indem hier nicht der Wille des Letztern, sondern der des Gebers durchgreifend entscheide, und scheinen in diesen Ausnahmen eine zweckmäßige gesetzliche Cautel gegen den aus der Untreue des Prokurators möglicherweise entspringenden Schaden zu erblicken.

sollte auch der Repräsentant rechtlich verbunden gewesen sein,[40]) für ihn zu handeln. War also Jemand beauftragt sich für den X eine Sache übergeben zu lassen, empfängt dieselbe aber in der (erweislichen) Absicht selbst das Eigenthum daran zu erwerben, so macht er dadurch den X nicht zum Eigenthümer[41]); ob er selbst das Eigenthum erwirbt, das hängt von einem (sofort zu besprechenden) Moment im Willen des Tradenten ab.[42])

Schon oben (S. 53 f.) wurde bemerkt, daß der Traditionswille des Gebers[43]) möglicherweise auf eine bestimmte Person in der Art fixirt sein kann, daß er eben nur ihr und keiner andern das Eigenthum zu übertragen beabsichtigt. Wo dieß der Fall ist, wird zur Giltigkeit der Tradition erfordert, daß über die Person desjenigen, der

---

Wenn aber die Anhänger der Bremer-Donell'schen Ansicht, welche die L. 13. cit. auf den Fall „in voluntate obscura procuratoris" beschränken, den Inhalt derselben „mit anerkannten Rechtsgrundsätzen ganz im Einklang" (Windscheid a. a. O. Note 8) finden, indem nämlich unser procurator „hinterher nicht behaupten darf, daß er nicht den Willen gehabt habe, es für den Andern zu nehmen, daß er es für sich selbst habe nehmen wollen" — so dürfte dieser „Einklang" denn doch zu bestreiten sein. Denn warum sollte — nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen — der Vertreter Obiges nicht behaupten, und mit Erfolg behaupten dürfen, wenn er es zu beweisen vermag? Dieser Beweis freilich muß ihm auferlegt werden, und in der Schwierigkeit seiner Durchführung liegt die vollkommen ausreichende Garantie gegen die oben bezeichnete Gefahr; eine Gefahr, die sich überdieß als minder groß darstellt, wenn man bedenkt, daß es dem Tradenten jederzeit frei steht und unter Umständen sogar die Vorsicht gebietet, bei der Tradition vom empfangenden Prokurator die ausdrückliche Erklärung zu verlangen, daß er nicht für sich, sondern für den Dritten zu erwerben Willens sei.

[40]) Bremer a. a. O. II. S. 336; vgl. die m. E. nicht stichhaltigen Ausführungen von Jhering a. a. O. I. S. 334 f.

[41]) Er haftet ihm lediglich obligatorisch nach §. 1009 für das Interesse.

[42]) Eben davon hängt es auch ab, ob, wenn der Tradent für A geben, der stellvertretende Empfänger aber für B annehmen will, dieser Letztere das Eigenthum erwirbt, oder ob dasselbe beim Tradenten zurückbleibt; niemals aber wird es in diesem Fall dem A erworben.

[43]) Der analoge Fall auf Seiten des Nehmers ist unpraktisch (s. unten VII. Note 82), wenn gleich nicht geradezu undenkbar; es ist daher zu behaupten, daß es für die Giltigkeit der Tradition gleichgiltig ist, ob der Empfänger weiß, daß und für wen der Geber als Prokurator handelt. Vgl. auch Lenz S. 187 f., Baron S. 105.

aus derselben das Eigenthum erwerben soll, zwischen den Kontrahenten Consens herrsche[44]. Es muß also, falls auf Seiten des Nehmers ein Stellvertreter intervenirt, nicht nur dieser für den Prinzipal zu empfangen Willens sein, sondern auch der Geber ihn als den Stellvertreter gerade desjenigen Dritten kennen, auf den allein er das Eigenthum übertragen wissen will; wollte er den Empfänger selbst, den er für suo nomine handelnd hielt, und keinen Andern zum Eigenthümer machen, so kann dieser nicht unmittelbar für den Prinzipal erwerben. Allein dieß sind Ausnahmsfälle[45]); regelmäßig ist der Traditionswille nicht bedingt durch die Rücksicht auf die individuell bestimmte Person des Empfängers, und dann genügt dieser Wille als solcher, um dem Prinzipal des Nehmers — wenn nur die übrigen Voraussetzungen zutreffen — sofort das Eigenthum zu verschaffen, mochte nun der Tradent wissen, daß und für wen der Nehmer als Stellvertreter fungire, oder nicht.[46])

---

[44]) S. unten VII. Note 83, Text dazu. Der Fall ist analog dem error in persona: hier irrt der Geber über die Person, mit der er es juristisch (dem rechtlichen Effekt nach) zu thun hat.

[45]) Ob ein solcher Fall vorliegt, ist stets quaestio facti. Vgl. die Beispiele bei Scheurl, Beiträge S. 213, 214. — Wer an eine Person tradirt, von der er weiß daß, aber nicht für wen sie Stellvertreter ist, der zeigt schon durch die Tradition, daß es ihm auf die Individualität des Empfängers nicht ankommt.

[46]) Dieß wird nach dem Vorgang Puchta's (kl. Schr. Nr. 32, Pand. §. 148, Vorlesungen dazu) und Scheurl's (a. a. O. S. 212 f.) für das gemeine Recht ziemlich allgemein angenommen. Vgl. Vangerow I. S. 568, Brinz I. S. 203, Windscheid I. S. 436, Schmid, Handb. I. S. 75. Dagegen versucht Ihering (Jahrb. I. bes. S. 324—333) auszuführen, der unmittelbare Uebergang des Eigenthums auf den Prinzipal setze voraus, daß die Tradition auf seinen Namen abgeschlossen sei, d. h. daß der Repräsentant bei der Tradition sich als solcher zu erkennen gegeben habe und dadurch der Consens direkt auf den Prinzipal gestellt erscheine; wobei immerhin die Person des Letzteren dem Geber unbekannt sein möge, wenn nur feststehe, daß nicht dem Empfänger selbst, sondern dessen Prinzipal — wer immer dieser sei — erworben werden soll (arg. namentlich L. 59. D. dom. L. 1. §. 20. D. possess., L. 2. C. de his qui a non dom. 7, 10. L. 135. §. 2. D. V. O., L. 13. §. 2. D. usucap., L. 7. §. 2. D. pro emtore, L. 74. D. pro socio, L. 8. C. R. V.) Die Quellen verlangen allerdings, daß der Prokurator die tradirte Sache „*nomine*“ des Prinzipals empfange (s. insbes. L. 1. §. 20. cit.); dieses alieno nomine Empfangen aber faßt Ihering m. E. zu

Fragen wir auch hier wieder danach, ob es, wenn bei der Tradition ein an sich wesentlicher Irrthum unterlaufen ist, auf das Irren des Prinzipals oder des Stellvertreters ankommt, so muß sich eine andere Antwort ergeben,[47]) als in den oben betrachteten Fällen, wo es sich lediglich um ein auf den Apprehensionsakt beschränktes Stellvertretungs-Verhältniß handelte. Denn die Frage nach der Relevanz des (s. g. unechten) Irrthums ist die Frage nach dem Dasein des Willens und hat nur rücksichtlich derjenigen Person einen Sinn, von deren Willens-Akt der rechtliche Erfolg bedingt ist. Dieß aber ist hier, wo ein vollständiges Repräsentationsverhältniß vorliegt, lediglich der Stellvertreter, da er allein es ist, der (nomine des Prinzipals) zu wollen und zu handeln hat. Handelte er also unter einem wesentlichen Irrthum, so hat er in der That nicht gewollt und juristisch nicht gehandelt (das Nähere hierüber unten, Kap. VII.); was aber den Prin-

---

äußerlich auf, indem er darunter nur jene Fälle begreift, wo Jemand erklärtermassen nicht für sich, sondern für einen bestimmten oder unbestimmten Andern empfängt; (vgl. die bei Ih. a. a. O. N. 59 angeführten Stellen, aus denen hervorgeht, daß „alieno nomine" auch okkupirt werden kann, was sich mit dem diesem Ausdruck von Ih. bei der Tradition beigelegten Sinn nicht wohl verträgt.) Das „nostro nomine" bezeichnet vielmehr ein rein inneres, subjektives Moment, — gleichbedeutend mit „ea *mente*, ut operam dumtaxat suam accommodarent nobis," — das „in unserem Namen," nicht das „auf unseren Namen" abschließen; ersteres aber kann geschehen, auch ohne daß der andere Kontrahent darum weiß; (so nach Justinian. Recht bei der Tradition an einen zwei Herren gehörigen Sklaven, welcher die Sache lediglich im Auftrag des Einen erwerben will, ohne daß er dieß dem Tradenten gegenüber erklärt. Vgl. §. 3. J. per quas pers. n. obl. 3, 28. L. 3. C per quas pers. 4, 27. L. 6. D. stipul. serv. 45, 3. *Gaj.* III. §. 167a). Im Resultat mit Ihering übereinstimmend ist die (ziemlich dürftig motivirte) Ausführung von Pagenstecher II. S. 204, 205. — Auch für das österr. Recht halte ich die im Text gegebene Ansicht für die maßgebende, da sie juristisch konsequent und den heutigen Verkehrsverhältnissen allein entsprechend ist; ebenso Randa S. 203 f. — Im a. b. Gb. findet sich kein Anhaltspunkt zur Entscheidung unserer Frage, denn der §. 1017 (s. dazu Zeiller III. S. 291) ist lediglich auf die Fälle der Eingehung obligatorischer Rechtsverhältnisse vermittelst eines Bevollmächtigten zu beziehen.

[47]) Und ebenso auf die Frage nach der rechtlichen Relevanz der mala fides des Stellvertreters im Fall einer Tradition von Seiten des Nichteigenthümers (§. 367). S. darüber Goldschmidt, Ueber den Erwerb dinglicher Rechte u. s. w. Seite 158 f.

zipal betrifft, so hat er selbst weder zu wollen noch zu handeln, sondern ist, so lange das Repräsentationsverhältniß dauert, und innerhalb des Umfangs desselben, lediglich das willenlose Subjekt an welches die Rechtsfolgen der vom Vertreter gesetzten Handlungen sich anknüpfen; ein seinerseits etwa vorhandener Irrthum[48]) kann also der Giltigkeit des Vertrags niemals Eintrag thun.[49])

Dieß für die Fälle jener umfassenden Stellvertretung, wo alle Momente des Traditionsvertrags auf den Willen des Repräsentanten gestellt sind. Wie aber wenn dieß nur theilweise der Fall ist,[50]) so etwa, daß zwar das Objekt der Tradition, nicht aber die Person des Nehmers seiner eigenen Entschließung anheimgegeben wird, oder umgekehrt? Hier ist der die eine Vertragsposition bildende Willensinhalt zwischen dem Prinzipal und Vertreter getheilt: in gewisser Beziehung hat dieser seinen eigenen Willen geltend zu machen, in anderer nur den des Prinzipals zu erklären und durchzuführen; es kann daher dem oben Entwickelten gemäß ein Irrthum des Einen oder des Andern nur dann von rechtlicher Bedeutung sein, wenn er gerade die Seite betrifft, nach welcher hin der Irrende seinen Willen zu erklären hatte; man wird also in obigem Beispiel bei unterlaufenem error in persona lediglich darauf zu sehen haben, ob der Prinzipal, bei einem error in re, ob der Repräsentant geirrt habe, oder umgekehrt.[51]) —

---

[48]) Hatte ich Jemand den Auftrag gegeben, für mich „ein Pferd" zu kaufen, so wird das von ihm gekaufte und übernommene Pferd X darum nicht minder mein Eigenthum, weil ich etwa dasselbe für das Pferd Y hielt; ebenso wenn der Vormund Sachen des Mündels veräußert, über deren Identität dieser irrt u. s. w.

[49]) Hoffmann a. a. O. S. 127 f. Für obligatorische Verträge vgl. auch Vangerow III. S. 319, Mühlenbruch, Cession S. 106 f., 127, Bähr, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. VI. S. 286 f. — Sächs. Gb. §. 846.

[50]) Vgl. Savigny, Obl.-Recht II. S. 57 f.

[51]) z. B. es ist Jemand beauftragt, einem gewissen X „ein angemessenes Geschenk" aus dem Vermögen des Auftraggebers zu machen. Wollte nun der Stellvertreter dem X die Sache A geben, tradirte ihm aber irrthümlich die Sache B, so ist die Tradition nichtig wegen seines, des Stellvertreters Irrthum (der Prinzipal hat hier nicht geirrt). Gab er aber, sei es auch wissentlich, also ohne daß er irrte, die Sache dem Y anstatt dem X, so ist das Eigenthum derselben dem Prinzipal, der wollte und glaubte, es werde an X tradirt, nicht verloren. (Nach österr. Recht gilt dieß freilich nur unter den Voraussetzungen der §§. 871, 873, worüber das Nähere in Kap. VII.)

Hiemit sind die Bedingungen erschöpft, unter denen eine vom Stellvertreter des Gebers an den Stellvertreter des Nehmers vorgenommene Tradition unmittelbar für die beiden Prinzipale wirksam ist. Diese rechtliche Wirkung kann dadurch nicht alterirt werden, daß in einem gegebenen Fall die Funktionen jener beiden Stellvertreter in Einer Person vereinigt sind. Wäre also X, etwa als Mandatar, Stellvertreter des Gebers und Detentor des betreffenden Objekts, und zugleich als Vormund Stellvertreter des Nehmers: so muß — den oben entwickelten Grundsätzen gemäß — die Tradition von jenem an diesen als vollzogen angesehen werden, sobald X dem Auftrag seines Mandanten gehorchend den Willen bekundet hat, die zu übergebende Sache nicht mehr für diesen zu detiniren, sondern im Namen seines Mündels zu besitzen; es erfolgt also der Eigenthumsübergang im Moment der an den beiderseitigen Repräsentanten ergangenen und von diesem angenommenen Anweisung.[52])

Gehen wir in der Richtung des eben besprochenen Beispiels nun einen Schritt weiter und lassen auch den Stellvertreter X mit dem Geber in Eine Person zusammenfallen, so ist es wieder lediglich eine Konsequenz aus allem Obigen, daß dieser X als Geber nur den Traditionswillen an den Tag zu legen braucht, um sofort in seiner Eigenschaft als Repräsentant des Nehmers diesem das Eigenthum zu erwerben.[53]) Bei der Tradition durch „Constitutum" tritt die Form des dinglichen Vertrags (Besitzübergang) äußerlich zurück, sie verschwindet scheinbar hinter dem bloßen Konsens der Parteien, und darin liegt der

---

[52]) Die s. g. Tradition durch Anweisung (Randa S. 202, vgl. Pr. L.-R. I. 7. §. 67, 68, Koch I. §. 177 a. E.) ist so wenig als das Constitutum für eine Singularität anzusehen, wie das von älteren Rechtslehrern vielfach geschehen ist, sondern ergibt sich von selbst aus den allgemeinen Grundsätzen über den Besitz- und Eigenthumserwerb durch Stellvertreter.

[53]) Tradition durch s. g. constitutum possessorium; a. b. Gb. §. 428, 319; L. 18. pr. D. h. t. 41, 2. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere; nam possidet, cujus nomine possidetur. Savigny S. 318 f., Gesterding S. 143, Windscheid I. S. 385, Bremer a. a. O. S. 242 f. — Pachmann, Verjährung S. 74, Randa S. 201, die Commentatoren zu §. 428.

Grund der ehemals allgemein verbreiteten Ansicht als läge in der Eigenthumsübertragung durch Constitutum eine Singularität.[54]) In der That unterscheidet sich dieser Fall der Eigenthumsübertragung gar nicht wesentlich von den übrigen Fällen der Tradition, wohl aber unterscheidet sich derselbe von einer Uebereignung durch formlosen Vertrag (nudum pactum) dadurch, daß hier der Konsens nicht bloß auf das Geben und Empfangen des Eigenthums, sondern nothwendig zugleich darauf geht, daß auch der Besitz dem Empfänger (durch Vermittlung des Gebers) sofort erworben werde. Nur wo diese beiderseitige Willensmeinung „auf eine erweisliche Art" (§. 428) vorliegt, dürfen wir Eigenthumsübergang durch Constitutum annehmen. Ob sie vorliege, ist eine quaestio facti, bei deren Beantwortung äußerst vorsichtig zu Werke gegangen werden muß, — vorsichtiger, als dieß auch von Seiten der neueren Rechtslehrer noch geschieht. Man verlangt nämlich für das Constitutum im besten Fall nie mehr, als die ausdrückliche Erklärung des Gebers, daß er Besitz und Eigenthum sofort auf den Nehmer wolle übertragen wissen;[55]) erst wo eine solche Erklärung fehlt, sieht man sich nach etwaigen konkludenten Thatsachen um. Allein, kann diese Erklärung stets genügen, auch dann, wenn sie leere Formel ist? Und kann nicht der herrschenden Meinung zufolge jeder dingliche Vertrag durch Beifügung einer derartigen Erklärung in der That ohne Besitzakt perfekt werden? Will man dieß nicht, so darf man sich mit jener Erklärung nicht begnügen, sondern muß weiter fragen, wieso bleibt die Detention noch in der Hand des Gebers, nachdem der Besitz von ihm angeblich aufgegeben wurde? — und hierauf eine befriedigende Antwort verlangen. M. a. W. die mehrerwähnte Erklärung ist nur leere Formel, wenn nicht eine bestimmte *causa* vorliegt, auf Grund deren die Detention der tradirten Sache vorerst noch beim Geber (z. B. als Miether, Depositar, Usuar, Pfandgläubiger, Prekaristen u. s. w.) zurückbleibt; und dann ist — allen Erklärungen der Parteien zum Trotz — der Besitz- und Eigenthumsübergang nicht.

---

[54]) So bezeichnet Leyser (Med. ad Pand. sp. 445, m. 6.) das constitutum poss. als „inter traditiones fictas nobilissima species" und Azo sogar als „mirabile mundi" (Summa in Cod. tit. de poss. n. 7, 8).

[55]) S. z. B. Savigny S. 320, Zeiller II. S. 226.

vollzogen.[56]) Es muß also, wer Eigenthumserwerb durch constitutum possessorium behauptet, eine derartige causa der Detention des Gebers beweisen; der Nachweis obiger Erklärung ist nicht genügend, aber auch nicht erforderlich, wenn jene causa aus anderweitigen Umständen erwiesen werden kann. In der Anerkennung und strikten Durchführung dieses Satzes liegt m. E. die einzige Gewähr dafür, daß die Rechtsregel „traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur" durch die Praxis nicht in ihr Gegentheil verkehrt werde.[57])

---

[56]) Die Quellenmäßigkeit dieser Behauptung erhellt einerseits aus L. 48. D. aqu. poss. (s. dazu Savigny S. 321), wo kein Constitut angenommen wird, obgleich der Schenker ausdrücklich „litteris declaravit, se tradidisse possessionem" — andererseits aus dem Umstand, daß in den sämmtlichen Quellenstellen, welche Besitzerwerb durch Constitut anerkennen, eine genügende causa der Detention des Tradenten ausdrücklich vorausgesetzt wird. Vgl. L. 77. D. R. V. (Pacht), L. 28, 35, §. 5. C. de donation. (Nießbrauch), L. 15. §. 2. D. qui satisdare cog. (Prekarium). Dem Donellus ist dieß nicht entgangen, er nimmt die causa ausdrücklich in seine Definition des Constitutum auf: „constituit autem quis,... si ejus rei... usum sibi *ex aliqua justa causa* retineat." Comm. IV. 18, §. 17.

[57]) Nicht bloß die ältere Theorie und Praxis, der gegenüber Leyser es für nöthig hielt auszuführen, daß die vox „trado" in contractu adhibita non sufficit ad traditionem (sp. 207. m. 1.), sondern auch noch die heutige nimmt es mit dem Constitutum viel zu leicht. Dieß gilt sogar von Savigny, der in einem Zusatz zur 7. Ausgabe S. 323 das Eigenthum einer „Schiffspart" (intellektueller Theil des Schiffs) oder auch des ganzen Schiffs schlechthin für übertragen erklärt, wenn der bezügliche Vertrag geschlossen und die Papiere übergeben sind, „weil darin zugleich ein constitutum possessorium liegt;" und dasselbe soll auch beim Verkauf „ferner Waarenballen" stattfinden. Allein wie kommt hier der Geber dazu, für den Nehmer besitzen zu wollen? Er ist hiezu in der Regel weder vertragsmäßig (etwa als interimistischer Depositar) verpflichtet, noch hat er selbst irgend ein Interesse daran die ihm nicht mehr gehörige Schiffspart für deren jetzigen Eigenthümer in seiner Macht und Gewahrsam zu halten; man frage den angeblichen alieno nomine possidens, ob er die Sache noch habe, ob er sie für den X verwahre u. s. w., er wird sicher negativ antworten: das Schiff u. s. w. geht ihn nichts mehr an. Wenn man nun hier trotzdem schlechthin ein Constitutum annimmt, so macht man den Besitzwillen zu einer imaginären Größe, mit der der Jurist rechnet, um sich den gewünschten Erfolg in seiner Weise zu konstruiren, die aber in der That nicht existirt. Allerdings mag es in bestimmten Fällen „wegen der Schwierigkeit der körperlichen Tradition bei großer Entfernung einleuchtendes Bedürfniß" sein (Sav. a. a. O.) den Eigenthumsübergang schon an die Ueber-

Wir dürfen daher unbedenklich Tradition durch Constitutum annehmen, wenn der Alienant die Sache vom Empfänger zugleich in Miethe oder Pacht nimmt, oder sich daran eine die Detention umfassende Servitut vorbehält; wenn der Gläubiger die Detention der Pfandsache dem Schuldner nur precario, miethweise, oder als Depositum beläßt[58]) u. s. w. Ferner wird es als vollzogenes Constitutum zu betrachten sein, wenn etwa der Vermögensverwalter eine dem Herrn schuldige, oder für ihn einkassirte Geldsumme in die für ihn separat geführte Kasse einlegt, oder auch sie besonders unter der Aufschrift „Eigenthum des N. N." verpackt;[59]) ein solches kann auch im Abschluß des Gesellschaftsvertrags rücksichtlich der in die Gemeinschaft zu bringenden Güter enthalten sein, wird aber nach österreichischem Recht im Zweifel nicht angenommen.[60]) — In all' diesen beispielsweise aufgezählten Fällen besteht ein Rechtsverhältniß zwischen den Kontrahenten, wie wir es oben als Grundlage des Constituts verlangt haben. Ob dasselbe durch ausdrückliche Erklärung begründet ist, oder aus schlüßigen Thatsachen (§. 863) gefolgert werden kann, macht natürlich keinen Unterschied. Unter den mannigfachen Thatsachen, die in letzterer Beziehung in Betracht kommen können, ist insbesondere der Umstand bemerkenswerth, wenn das zu veräußernde Objekt von den Parteien **gezeichnet** wird. Der Sinn einer solchen Signirung kann ein ver-

---

gabe gewisser Papiere zu knüpfen (s. darüber unten, Kap. VI. bei N. 152): allein indem man diesem Bedürfniß Rechnung trägt, geht man über die römische Traditionslehre hinaus, man anerkennt einen vertragsmäßigen Eigenthumserwerb, der in der That außerhalb der Form des Besitzerwerbs sich vollzieht. Die Theorie thut damit einen Schritt, den der lebendige Verkehr längst gethan hat (s. unten über den Eigenthumserwerb durch Connossement, S. 186 f.), dessen sie sich keineswegs zu schämen hat, und der jedenfalls nur kümmerlich dadurch verdeckt wird, daß man die betreffenden Fälle mittelst einer höchst verkünstelten Operation unter den Gesichtspunkt eines constitutum possessorium zu bringen versucht.

[58]) S. die Stellen in Note 56.

[59]) Denn damit ist der Wille manifestirt, die Spezies von nun an auf Grund des bestehenden Mandatsverhältnisses nomine mandantis zu besitzen. Vgl. auch den lehrreichen Rechtsfall bei **Bremer** S. 243 f.

[60]) Bg. Gb. §. 1181. Anders nach gem. Recht L. 1. §. 1. L. 2. D. pro socio. **Savigny** S. 322, **Böcking** I. §. 124. N. 46.

schiedener sein:[61]) Handelte es sich dabei nur darum, das vorliegende Objekt von andern auszuscheiden und für die künftige Tradition als das zu übergebende zu kennzeichnen, so hat dieser Akt, wie sich von selbst versteht, keinerlei dingliche Wirkung; wollte aber der Empfänger durch die Vornahme der Signirung den Willen an den Tag legen, das Objekt sofort in seine Macht und Gewahrsame zu übernehmen,[62]) so liegt eine Stellvertretung überhaupt nicht vor, sondern der Nehmer wird unmittelbar Besitzer und Eigenthümer der so ergriffenen Sache; wenn dagegen diese zwar durch die Signirung als dem Nehmer überlassen bezeichnet werden sollte, nichtsdestoweniger aber vertragsmäßig noch weiterhin in der Gewahrsam des Gebers verbleibt,[63]) so kann aus der von Letzterem oder mit dessen Willen vorgenommenen Signirung allerdings im Zweifel auf seinen Stellvertretungswillen geschlossen, und demnach ein Constitut angenommen werden. —

Anmerkung. Eine durchgreifende Ausnahme von den eben vorgetragenen Grundsätzen über Tradition durch Stellvertreter ergibt sich nach der unter den österreichischen Schriftstellern herrschenden Meinung aus den Bestimmungen des a. b. Gb. §. 429. „In der Regel werden überschickte Sachen erst dann für übergeben gehalten, wenn sie der Uebernehmer erhält; es wäre denn, daß dieser die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte." — Wo zur Effektuirung einer verabredeten Tradition ein Transport der Sache durch die Hände eines Dritten erfordert wird, sind rücksichtlich dieses Dritten drei Fälle denkbar: entweder derselbe handelt als Repräsentant des Gebers, oder des Nehmers, oder beider Theile; im ersten Fall erwirbt der Nehmer Besitz und Eigenthum erst mit der Empfangnahme der Sache aus den Händen des Transporteurs (si

---

[61]) S. auch oben Seite 55. — Die Signirung kommt nach österr. Recht auch als Form der „symbolischen" Tradition vor (§. 427 a. E.). Davon im folgenden Kapitel.

[62]) L. 14. §. 1. D. de periculo.

[63]) Dieß ist auch dadurch, daß die Signirung nicht nur mit Zustimmung, sondern auch in Gegenwart beider Theile geschieht, keineswegs ausgeschlossen. Das übersieht Randa S. 125, wenn er behauptet, daß im Fall einverständlicher Signirung Eigenthum und Besitz vom Nehmer stets durch unmittelbare Apprehension erworben werde.

epistolam tibi misero, non erit tua, antequam tibi reddita fuerit, L. 65. pr. D. de aqu. dom.), im zweiten und dritten Fall sofort mit der Uebergabe an denselben (si epistola, quam ego tibi misi, intercepta sit, quis furti actionem habeat? Et primum quaerendum est, cujus sit epistola: utrum ejus, qui misit, an ejus, ad quem missa est? Et si quidem dedi servo *ejus*, statim ipsi quaesita est, cui misi: si vero procuratori, aeque, . . . ipsius facta est. L. 14. §. 17. D. de furtis). Es wird nun die Frage aufgeworfen, als wessen Stellvertreter der Transporteur oder die Transportanstalt dann zu betrachten sei, wenn der Empfänger dem Tradenten gegenüber die Wahl derselben speziell oder in genere „bestimmt oder genehmigt" habe, wenn er sich also z. B. zum Voraus damit einverstanden erklärt hat, daß ihm die Sache durch diesen Dienstmann, durch einen Dienstmann, durch die Post, per Fracht u. s. w. zugesendet werde. Die österreichischen Commentatoren erklären hier nach dem Vorgang Zeillers meist ganz unbedenklich den Transporteur für den Repräsentanten des Nehmers und finden dadurch die Schlußbestimmung des §. 429, wonach angeblich Besitz und Eigenthum mit der Uebergabe an den Transporteur sofort dem Empfänger erworben werden, juristisch vollkommen gerechtfertigt. S. Zeiller, II. S. 227., Winiwarter, II. S. 203, Nippel, III. S. 375. Etwas zaghafter Stubenrauch, I. S. 815 „die in demselben (§. 429) enthaltenen Ausnahmen aber gründen sich auf die Betrachtung, daß durch die Bestimmung oder Genehmigung der Ueberschickungsart von Seite des Uebernehmers die dadurch bezeichnete Person oder Versendungsanstalt gleichsam (?) als Bevollmächtigter des Letzteren anzusehen komme, daß daher u. s. w." Allein die Prämisse dieser Konstruktion ist durchaus unhaltbar. Die vom Tradenten mit dem Transport der Sache beauftragte Person oder Anstalt ist nicht Repräsentant des ihr ganz fremd gegenüberstehenden Adressaten, sie wird regelmäßig gar nicht den Willen haben für diesen zu besitzen, und wo sie jenen Willen ausnahmsweise hätte, gebricht es doch an dem zur wirksamen Repräsentation stets erforderlichen Rechtsverhältnisse zum Empfänger; denn die von Letzterem dem Tradenten gegenüber erklärte „Bestimmung oder Genehmigung" kann ein solches zwischen Transporteur und Em-

pfänger nicht erzeugen, Ersterer erscheint vielmehr im besten Fall (d. h. wenn er für den Empfänger besitzen will) lediglich als negotiorum gestor des Letzteren (L. 6. §. 2. L. 24. D. negot. gest. Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret: proprietas quidem per procuratorem non aquiritur.) Vgl. Sell, Ueber den Erwerb des Eigenthums an Briefen, Archiv f. civ. Pr. Bd. XXI. S. 141 f. Thöl, Hand.-Rt. I. §. 78. und jetzt auch für das österr. Rt. Randa, Bes. S. 202. Note 20 a. Davon ausgehend ist neuerdings Randa a. a. O. S. 129 der Ansicht, es werde in den Fällen des §. 429 der Besitz (und durch denselben das Eigenthum) auf Grund einer Fiktion ohne jeden Apprehensionsakt erworben, und stellt diese unter den Gesichtspunkt eines „Besitzerwerbs ohne die natürlichen Voraussetzungen desselben." A. a. O. S. 2, 3.

Auch diese Konstruktion jedoch ist m. E. theilweise verfehlt. Es muß vielmehr, soll eine befriedigende juristische Lösung der in §. 429 statuirten Bestimmungen gefunden werden, einmal die Eigenthumsfrage und die Besitzfrage streng auseinander gehalten, sodann — und hierin hat bereits Unger gelegentlich den richtigen Weg gezeigt („Der revidirte Entwurf" 1861, S. 104) — auf den legislativen Grund und den Zusammenhang der in Rede stehenden Norm mit andern Materien des Gesetzbuchs zurückgegangen werden.

Gibt man einmal zu (wie das Randa bereits thut), daß die Schlußbestimmung des §. 429 aus den Grundsätzen über den Erwerb durch Stellvertreter nicht erklärt und gerechtfertigt werden kann, so ist man genöthigt (im Widerspruch mit den österreichischen Commentatoren) in derselben eine auffallende Singularität zu erkennen und veranlaßt, nach dem Grunde zu fragen, der die Statuirung einer solchen im vorliegenden Fall rechtfertigt. Nach diesem Erklärungsgrund wird man sich auf dem Gebiete des Sachenrechts vergeblich umsehen, er liegt im Obligationenrecht. Es hat nämlich der Traditionsakt nach österreichischem Recht (anders nach gemeinem Recht s. Dig. tit. de peric. et commodo r. v. 18, 6, Cod. h. t. 4, 48.) auch für das Obligationenrecht tiefeingreifende Bedeutung vermöge des Grundsatzes, daß bei Obligationen auf Leistung bestimmter Sachen das periculum rei regelmäßig erst mit der Tradition derselben auf den Gläubiger

übergeht, §. 1049, 1064; diese Regel selbst erscheint wieder als eine Anwendung jenes allgemeinen (von der heutigen Jurisprudenz freilich mit Recht aufgegebenen) Grundsatzes, mittelst dessen die ältere Doktrin die Lehre vom Casus zu beherrschen vermeinte und welchen auch das österr. Gb. §. 1311 aufgenommen hat: „Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet." Demnach wäre die Gefahr der verkauften und mittelst Verfrachtung u. s. w. an den Käufer spedirten Waare während der ganzen Dauer des Transportes vom Verkäufer zu tragen, da erst mit der Uebernahme durch den Käufer nach den allgemeinen Grundsätzen über Besitz- und Eigenthumserwerb (L. 65. pr. D. aqu. dom. a. b. Gb. §. 312) die Sache Eigenthum des Letzteren wird, somit in den Kreis seines „Vermögens" eintritt. Wollte man gleichwohl unter gewissen Voraussetzungen schon von einem früheren Zeitpunkt an das periculum rei auf den Käufer übergehen lassen, (vgl. H.-Gb. a. 345. Cod. commerce a. 100.), so hätte dieß durch Statuirung einer Ausnahme vom Satz „casus nocet domino" geschehen müssen. (Ueber die Unhaltbarkeit dieser, von der älteren Doktrin fast allgemein adoptirten Regel, s. Wächter, im civil. Archiv. Bd. XXIV. S. 117 f., Mommsen, Beiträge I, S. 248 f., Vangerow, III. §. 591) Zu einer solchen, wenn auch nur theilweisen Aufhebung jener Grundregel, in der allein man für die schwierige Lehre vom Casus einen sicheren Anhaltspunkt zu haben vermeinte, konnte man sich jedoch, wie es scheint, nicht entschließen. Somit blieb nichts übrig, als den Käufer, dem man unter den gegebenen Umständen schon vor der Uebergabe das periculum rei (die Transportgefahr) aufbürden wollte, schon vor derselben zum Eigenthümer zu machen, damit er als solcher unter die Norm des §. 1311 falle. Dieß thut der besprochene Schlußsatz des §. 429, (und dieselbe Tendenz haben die, eben darum mit Recht in das Obligationenrecht gestellten §§. 128—130 des Pr. L.-Rts., I, 11.), indem derselbe den Destinatar einer zu transportirenden Sache schon in dem Zeitpunkt der Aufgabe derselben das Eigenthum daran erwerben läßt, vorausgesetzt, daß er „die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt" hatte. Daß dieser Eigenthumsübergang sich auf eine Tradition nicht gründet, weder auf eigentliche noch symbolische (denn wo wäre hier das

„Symbol"?) ist nach dem oben Ausgeführten unzweifelhaft; vielmehr haben wir es hier mit einem durch spezielle gesetzliche Anordnung statuirten, durchaus singulären Fall eines abgeleiteten Eigenthumserwerbs ohne Tradition zu thun. Diese Anordnung kleidet das Gesetz in die Ausdrucksform der Fiktion („überschickte Sachen . . . werden . . . für übergeben gehalten"), und in sofern kann man allerdings hier mit Randa vom Eigenthumserwerb durch „fingirte" Tradition sprechen, nur ist dabei stets festzuhalten, daß diese „fingirte Tradition" eben als solche keine Tradition ist. — Eine andere Frage ist die, ob unter den mehrfach erwähnten Voraussetzungen des §. 429 neben und mit dem Eigenthum auch der (fingirte) Besitz im Moment der Aufgabe des Gutes auf den Destinatar übergehe; und diese Frage muß, wie ich glaube, für das österreichische Recht (Anders nach dem Sächs. Gb. §. 204, welches in der Nachbildung dieser verfehlten Bestimmung des österr. Gb. noch über sein Original hinausgegangen ist), verneint werden. Wo wir von „fingirtem" Besitz sprechen, da handelt es sich um Fälle, wo Jemand ausnahmsweise die rechtlichen Vortheile des Besitzes (das *jus* possessionis) genießt, obwohl er nicht Besitzer ist; die „Fiktion" des Besitzes ist nichts Anderes, als eine besondere Ausdrucksform dafür, daß unter Umständen Einer der nicht besitzt, gewisse sonst nur mit der Thatsache des Besitzes verbundene Rechte haben soll, gerade so, als wenn er besäße. Demnach löst sich unsere Frage, ob der Destinatar mit der Aufgabe des Gutes den „Besitz" erwerbe? dahin auf, ob derselbe von diesem Moment ab possessorische Rechtsmittel habe, und ob er, einen giltigen Titel und guten Glauben vorausgesetzt, auch sofort (z. B. pro emtore) anfangen könne zu usukapiren, falls etwa der Verkäufer nicht Eigenthümer der Sache gewesen wäre? Aber weder Usukapion noch Interdikte können unserem Destinatar m. E. nach österreichischem Recht zugesprochen werden; denn nirgends findet sich in unseren Gesetzen ein Anhaltspunkt, der uns berechtigte, die Ersitzung in irgend einem Fall beginnen zu lassen, bevor der Besitz wirklich erworben ist, vielmehr stellt §. 1460 ganz allgemein das Erforderniß auf, daß der Usukapient „die Sache . . . wirklich besitze", und was die Interdikte betrifft, so stehen dieselben nach §. 339, 346 ausschließlich dem Besitzer zu, und kommt es im Besitz-

prozesse „einzig auf die . . . Thatsache des letzten faktischen Besitzstandes“ an (Vdg. v. 27. Okt. 1849. §. 5). Dem gegenüber wäre die Annahme, daß im Fall des §. 429 ausnahmsweise ohne jede Apprehension das Recht des Besitzes erworben werde, eine im System des österreichischen Rechts durchaus vereinzelt dastehende Singularität (denn der von Randa S. 3 ebenfalls hierher bezogene „Eine Fall“ des §. 427 enthält, wie unten gezeigt werden soll, keinen Besitzerwerb). Zu dieser Annahme liegt aber auch im §. 429 selbst keine Veranlassung: derselbe normirt (verb. „werden . . . für übergeben gehalten“) in der Form der Fiktion einer geschehenen Tradition den Eigenthumsübergang auf den Destinatar, er thut dieß — wie oben gezeigt — zu dem Zweck, um Letzterem die Transportgefahr aufzulegen; dieser Zweck nun ist dadurch vollkommen erreicht, daß derselbe Eigenthümer der Sache wird (§. 1311), ob er zugleich deren Besitzer wird, das ist für die Frage nach der Tragung des periculum rei weiter nicht relevant, und es wäre mithin die Statuirung einer Anomalie auch rücksichtlich des Besitzerwerbs hier gänzlich überflüßig; eine solche kann denn auch nach allem Obigen in den Worten des §. 429 — der darum von den Gesetzesredaktoren mit Recht in die Lehre von der Erwerbung des Eigenthums (Theil I, Hauptst. 2—5), und nicht in die Besitzlehre (II, 1.) gestellt wurde — keineswegs gefunden werden.

Es erwirbt also nach §. 429 der Destinatar einer (mit seiner Genehmigung) vom Tradenten zum Transport beförderten Sache mit dem Augenblick der Uebergabe derselben an den Transportanten zwar das Eigenthum daran kraft besonderer gesetzlichen Vorschrift, das Recht des Besitzes aber erwirbt er erst dann, wenn er die Sache „in seine Macht oder Gewahrsame“ (§. 309) gebracht hat.

VI.

Die s. g. symbolische Tradition.

Das österreichische Recht kennt bekanntlich außer der „körperlichen Uebergabe“ (§. 426) noch zwei andere Arten der Uebergabe: die „symbolische“ (§. 427, 452) und die Uebergabe „durch Erklärung“ (§. 428); unter letzterer sind die Fälle der s. g. traditio brevi manu und der Uebertragung des Eigenthumes durch constitutum possessorium zu verstehen, von denen oben die Rede war. Sie enthalten, wie dort bereits hervorgehoben wurde, keine Singularität, sondern sind vollkommen regelrechte Fälle der Tradition. Anders verhält es sich mit der s. g. symbolischen Tradition: die in den Normen des §. 427 anerkannten Formen der vertragsmäßigen Bestellung dinglicher Rechte lassen sich, wie die nachfolgende Untersuchung ergeben wird, aus dem Gesichtspunkt der Tradition juristisch nicht construiren, sie gehen über den Bereich derselben weit hinaus und stehen dieser Einen Form des dinglichen Vertrags als eine Gruppe anderer Formen selbstständig gegenüber, deren Anwendung das Recht die gleiche dingliche Wirkung, wie dem Vollzug der Tradition, beimißt. Die s. g. symbolische Uebergabe ist daher nach unserer (unten zu begründenden) Ansicht keine Tradition; wenn sie gleichwohl in den Kreis der in der vorliegenden Schrift gegebenen Erörterungen gezogen werden mußte, so hat dieß seinen Grund darin, daß einerseits von den österreichischen Schriftstellern[1]) auch der

---

[1]) S. die Commentatoren zu §. 427. Nippel, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit 1826. II. S. 97—113, Fischer daselbst 1827 II. S. 312 f., Randa, Besitz S. 118 f. Näheres hierüber unten.

neueren Zeit die Fälle des §. 427 (452) unbedenklich unter den Begriff der Tradition gestellt werden, andererseits diese Fälle in manchen Anwendungen das Gebiet derselben in der That so nahe berühren, daß eine möglichst scharfe begriffliche Trennung Noth thut. Es wird uns daher auf genau eingehende Untersuchungen über jede einzelne Form der symbolischen Tradition hier weniger ankommen, als darauf, zu einer richtigen Gesammtauffassung des Instituts zu gelangen. Zu diesem Ende aber bedarf es zuvörderst einer kurzen dogmengeschichtlichen Erörterung.

Ein Blick auf die erwähnten §§. 427, 428 des a. b. Gbs. zeigt nämlich, daß der Inhalt derselben im engsten Zusammenhang steht mit der zur Zeit der Entstehung unsers Gesetzbuches allgemein herrschenden, jetzt längst aufgegebenen Lehre des gemeinen Rechts von den traditiones impropriae. Diese Lehre müssen wir uns daher vor Allem vergegenwärtigen, wenn es sich um die Frage nach dem dogmatischen Material handelt, aus welchem die Bestimmungen des österreichischen Rechts über symbolische Tradition geschöpft sind. Ihre Wurzel hat dieselbe in jener streng formellen und darum viel zu engen Auffassung des Traditionsbegriffes, auf welche bereits in den vorhergehenden Abschnitten mehrfach hingewiesen wurde: den Rechtsgelehrten der älteren Schule bis auf Savigny herab war die Tradition nicht die den dinglichen Vertrag perfizirende Besitzergreifung schlechthin, sondern sie faßten die traditio als einen Formalakt im eminenten Sinn auf, zu dessen Wesen und rechtlicher Giltigkeit es regelmäßig gehöre, daß die zu tradirende Sache im buchstäblichen Sinn aus der Hand des Gebers in die des Nehmers gebracht werde, wenn sie eine bewegliche, oder von letzterem mit den Füßen betreten werde, wenn sie eine unbewegliche sei; eine wahre und eigentliche Tradition (traditio vera s. propria) erschien ohne dieses In die Hand geben resp. Betreten ebensowenig möglich, als etwa nach altem Recht eine Manzipation ohne das solenne aere percutere libram.[2])

---

[2]) Die meisten Schriftsteller des 17. und 18. Jahrhunderts stimmen hierüber fast wörtlich überein. S. statt Aller Vinnius, Comment. ad §. 40. Inst. de rer. divis. „traditio . . vera . ., quae in re mobili est de manu in manum translatio (nach Theophil's „ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις“) in re soli in

Von diesem Begriff der Tradition ausgehend mußte man nun in den Quellen überall da auf Schwierigkeiten stoßen, wo dieselben von Rechtserwerb durch Tradition sprechen, ohne daß im vorliegenden Fall jener vermeintlich wesentliche Akt von den Parteien vorgenommen wurde. Und diesen Schwierigkeiten gegenüber entwickelte sich im Anschluß an die einzelnen Anstoß erregenden Stellen der römischen Quellen die gemeine Meinung, daß es in gewissen, sogleich näher zu besprechenden Fällen einer traditio im wahren Sinn (de manu in manum, traditio vera) zur Eigenthumsübertragung nicht bedürfe, wobei es vorläufig noch dahingestellt bleiben mag, was im einzelnen Fall an deren Stelle zu treten hat.

Als derlei Ausnahmsfälle, die unter einem jus singulare stehen, erscheinen aber vor Allem die jetzt s. g. traditio brevi manu[3]), traditio longa manu,[4]) und des constitutum possessorium.[5]) Hier fehlt es an jenem vermeintlich wesentlichen actus corporalis, und damit auch — im Sinn unserer Lehre — an der Tradition. Es wird weder in die Hand gegeben, noch mit den Füßen betreten, und doch treten den Quellen zufolge dieselben rechtlichen Wirkungen ein, als ob dieß geschehen wäre, d. h. die Tradition wird fingirt. Man war um so geneigter in den besprochenen Fällen singuläre Ausnahmen von der Regel der L. 20. C. de pactis zu erblicken, da ja Gajus selbst sie mit den Worten „interdum etiam *sine traditione nuda voluntas* domini sufficit ad rem transferendam" (L. 9. §. 5. cit.) als solche ausdrücklich zu bezeichnen schien. So führte man denn jenen Eigenthumsübergang — bei der allgemeinen Vorliebe der Zeit für diese Form der Konstruktion — auf fingirte Tradition zurück, und stellte sonach den allgemeinen Satz auf, es gebe außer der eigentlichen und

possessionem inductio", Hellfeld, Jurisprud. forensis §. 581. „haec (sc. vera traditio) fit in rebus mobilibus per dationem de manu in manum" etc. Es wird dieß ebenso kategorisch für die Tradition verlangt, wie Ulpian (Fr. 19, 3) von der Manzipation sagt, „eaque fit certis verbis" . . . etc.

[3]) L. 9. §. 5. D. aqu. domin., L. 9. §. 6. D. reb. cred., L. 62. D. de eviction. Vgl. oben S. 109.

[4]) L. 79. D. de solut., L. 18. §. 2. D. possess. Vergleiche oben Seite 96—99.

[5]) L. 18. pr. D. possess. Vgl. oben S. 142 f.

wahren traditio noch eine andere Art derselben,[6]) durch welche nicht minder das Eigenthum erworben werden könne, die traditio ficta; sie wurde definirt als „rei ipsius, sed sine actu corporali facta translatio,“ [7]) und ihre Anwendbarkeit auf die bezeichneten Fälle beschränkt.

Neben und in gewisser Beziehung im Gegensatz zu diesen steht eine andere Reihe von Fällen, wo das römische Recht zwar auch, wie man meinte, ohne Tradition den Eigenthumsübergang gestattete, denselben aber doch nicht rein aus der „nuda voluntas domini“ erfolgen ließ, sondern anstatt der Tradition gewisse andere „actus corporales“ verlangte. Daraus ergab sich denn eine zweite Art von traditiones impropriae. Die Stellen,[8]) an welche bei Entwicklung dieser Theorie angeknüpft wurde, sind folgende:

1) L. 14. §. 1. D. de periculo et comm.

Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.

---

[6]) Der juristischen Logik von heute erscheint freilich diese Subsumtion kaum minder widersinnig, als wenn etwa Jemand den bürgerlichen Tod und den Scheintod als Unterarten des Todes qualifiziren wollte, allein der Rechtswissenschaft des vorigen Jahrhunderts war jenes Operiren mit Fiktionen ebenso geläufig als unentbehrlich. Ein Verfahren, gegen welches sich vom praktischen Standpunkte aus so lange nichts einwenden läßt, als man sich dessen bewußt bleibt, daß den Fiktionen, als erfundenen Hilfsbegriffen, keine Realität zukommt; dieses Bewußtsein aber war der älteren Schule bekanntlich abhanden gekommen, und erst die neuere Wissenschaft hat jenen „Scheinwesen“ ihren falschen Nimbus genommen und sie als „technische Nothlügen“ (Jhering, Geist III. S. 288) entlarvt. Bis dahin sind aber zahlreiche Irrthümer und Verkehrtheiten aus der falschen Anwendung der Fiktionen entsprungen, welche die Werke der tüchtigsten Civilisten älterer Zeit entstellen; sie sind die Kinder des Fluchs, der auf dem logisch illegitimen Ursprung des Begriffs der Fiktion, wie er damals gefaßt wurde, lastet.

[7]) Hofacker, principia juris civ. (edit. 2. 1800) §. 940 f., Hellfeld a. a. O. §. 581 u. A. — Huber, praelectiones jur. civ. tom. I. p. 146 rechnet hierher lediglich den Fall der brevi manu tr. „ficta vocatur (sc. traditio), cum possessio pridem existens apud eum, qui faciendus est dominus, ex nova causa in ipsum translata fingitur“ (ed. 2. 1701).

[8]) Sie sind sämmtlich bereits oben Kap. IV. besprochen, und ist ihre wahre Bedeutung für die Apprehensionslehre dort entwickelt worden; hier müssen dieselben aus einem andern Gesichtspunkt noch einmal in Betracht gezogen werden, als die Punkte, von denen die gemeinrechtliche Lehre über die symbolischen Traditionen ausgegangen ist.

Die Bauhölzer sind dem Käufer nicht in die Hand gegeben, also nicht tradirt; statt dessen aber haben die Parteien einen andern körperlichen Akt zur Versinnlichung der von ihnen beabsichtigten Rechtsübertragung vorgenommen: der Käufer hat (offenbar mit Einwilligung des Verkäufers) die fraglichen Hölzer mit einem Zeichen versehen. Und diesen Akt will Paulus als Ersatz der Tradition gelten lassen (traditas *videri*)[9]. Daraus die Regel: Gewisse Sachen können mit Umgehung der Tradition auch dadurch übergeben werden, daß der Nehmer (im Einverständniß mit dem Geber) sie mit einer Signatur („nota") bezeichnet.[10])

2) L. 1. C. de donationibus.

Emtionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis.[11])

Wie oben die Tradition durch den Akt der Signirung ersetzt wurde, so geschieht dieß hier dadurch, daß die betreffenden Urkunden übergeben werden. Alle älteren Schriftsteller sind in Folge dieser Stelle einig über den Grundsatz, daß die traditio instrumentorum der Wirkung nach die traditio rei vollkommen ersetze und darum überflüssig mache: traditis instrumentis ad rem pertinentibus res ipsa tradita censetur[12]); so wie darüber, daß hier ein „genus *non naturalis*, sed

---

[9]) Auf die Ausdrücke „rem traditam *videri*", „pro tradita *haberi*" etc. legte man Gewicht in dem Sinn, als hätten damit die röm. Juristen selbst zu verstehen gegeben, daß von Tradition hier eigentlich nicht die Rede sei, sondern von Etwas, was an ihrer Statt gelte. Vgl. z. B. Gesterding, Alte und neue Irrthümer zc. S. 52.

[10]) S. Vinnius zu §. 43. Inst. 2, 1., Huber l. c. p. 146 f., Höpfner, Commentar §. 335, Westphal, System des R.-Rts. von den Arten der Sachen u. s. w. S. 378 f.

[11]) Schon in alter Zeit hat diese Stelle Aufsehen erregt (vgl. Baldus ad h. l.), und auch h. z. T. ist eine Alle befriedigende Erklärung derselben noch nicht gefunden; s. Rudorff zu Sav. Bes. Nr. 63, Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 63, Windscheid, Pand. I. S. 156.

[12]) Leyser, Medit. vol. VII. spec. 445 m. I. — Ipsam actualem traditionem saepius repraesentant instrumenta, ita ut iis traditis res ipsa tradita censeatur. J. Eyles, diss. de traditione symbolica, Wittemb. 1727 p. 13.

adscititiae aquisitionis" — wie es Donellus bezeichnet [13]) — vorliegt. Dagegen war in Theorie und Praxis viel Streit über die Frage, ob die Urkunden, deren Uebergabe pro traditione rei gelten soll, nothwendig die Erwerbstitel des Tradenten sein müssen, oder ob dazu auch schon die Einhändigung der über den gegenwärtigen Uebergabsvertrag errichteten Urkunde genüge; die überwiegende Mehrheit der schriftstellerischen Autoritäten und mit ihnen die Praxis neigte sich jedoch entschieden der Ansicht zu, daß nur dann mit der Uebergabe von Urkunden das Eigenthum der Sache übergehe, „quando traditur instrumentum continens jus vel titulum *venditoris*, illum nempe contractum, per quem ipse rem venditam aquisiverit ab auctore suo." [14]) Indessen wollten Manche auch dem „recens instrumentum venditionis" jene Eigenthum begründende Kraft dann beilegen, wenn dasselbe ausdrücklich eine Klausel enthielt des Inhalts, „daß der Verkäufer zugleich vermittelst Ueberreichung dieses Kaufbriefs den Käufer in den völligen Besitz gesetzt haben wolle." [15])

3) L. 1. §. 21. D. aqu. possess.

. . . vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint. Cf. L. 9. §. 6. D. aqu. dom. (§. 45. J. de rer. div.), L. 74. D. contr. emt. Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint.

Sachen, die unter Schloß und Riegel aufbewahrt sind, können

---

[13]) Comm. lib. V. cap. 9.

[14]) Carpzow, Jurispr. forens. II. 33. def. 15. Vgl. schon Cujacius ad. L. 1. C. cit. traditio tabularum auctoritatis . . dominium transfert hic: at trad. tabularum emtionis (sc. praesentis) dominium non transfert. — Hartm. Pistor, Observ. 31. . . . de instrumento continente jus vel titulum donatoris vel venditoris rei . . . non autem per contractum venditionis, quae de novo conficitur. Ebenso Donellus l. c., Leyser sp. 445. m. 2. — Urtheile bei Carpzow l. c. (v. J. 1625) und Leyser l. c., wonach „die von Verkäufern geschehene Einhändigung des Kaufbriefs vor keine würkliche Uebergabe zu achten, indem L. 1. C. donat. nicht von dem neu aufgerichteten Recesse, sondern von den alten Kaufbriefen und zu dem Gut gehörigen Urkunden zu verstehen" v. J. 1709.

[15]) Stryck, Cautel. contr. S. 2. c. 8. §. 22., Eyles l. c. p. 14. Dagegen Leyser, sp. 207. m. 2.

den vorstehenden Stellen zufolge schon dadurch in das Eigenthum eines Andern übertragen werden, daß diesem die zugehörigen Schlüssel in der erforderlichen Absicht eingehändigt werden. Freilich soll dieser Akt nach dem Wortlaut der L. 74. cit. die angegebene Wirkung nur dann haben, wenn die Schlüsselübergabe in Gegenwart der verschlossenen Gegenstände geschieht, — und darin liegt eine erschwerende Beschränkung dieser besondern Form der Eigenthumsübertragung, der die ältere Jurisprudenz sich fügte;[16]) den Rechtsgelehrten des achtzehnten Jahrhunderts aber schien dafür kein einleuchtender Grund vorzuliegen, sie verwarfen sie, auf einen entgegengesetzten Usus sich berufend, als zwecklose Subtilität des römischen Rechts, und lehrten unbedenklich: „aliud tamen hodie fert usus, cum quotidiana doceat experientia, multas fieri traditiones symbolicas in vendendis bonis . . . ., quorum loco plerumque claves cistarum emtori tradantur, *etsi ipsae res tradendae aliis locis inveniantur.*“[17]) Es war allgemein angenommen, die Uebergabe der Schlüssel stehe kraft rechtlicher Vorschrift unter allen Umständen der traditio rei dem Effekt nach gleich.

In jedem der drei angeführten Fälle sagen die Quellen ausdrücklich, daß das Eigenthum durch Tradition übergehe, trotzdem daß eine solche — im Sinne der hier dargestellten Theorie — nicht vorliegt; so weit also herrscht Uebereinstimmung mit den obigen traditiones fictae. Allein das Gesetz begnügt sich hier nicht, wie dort, mit der „nuda voluntas domini“, sondern verlangt zur Versinnlichung derselben und als Ersatz der Tradition einen andern körper-

---

[16]) Vgl. Faber, advers. Pragmaticos dec. 75. c. 1 f., Vinnius ad §. 44. cit., Noodt, Probabil. II. c. 6., Brunnemann ad L. 74. cit. — Die Glossatoren und Bartolisten mußten hier Gegenwart der Sache schon darum verlangen (Bartolus ad L. 74. cit.), weil sie die Schlüssel noch nicht als Symbole auffaßten, sondern darin vollkommen richtig „quasi adminiculum custodiae“ erblickten (Irnerius bei Savigny, Besitz S. 224. N. 1).

[17]) Püttmann, Miscellanea, c. 36. p. 381 (1793), vgl. Pagenstecherus, Jurisprud. polem. p. 26. f. (1730), Eyles l. c. p. 12. hanc traditionem nihil operari nisi in conspectu rei . . . fiat . . . ast non dubitarem, quin pacto contrarium effici et inter partes conveniri possit, quod traditione clavium etiam extra rei praesentiam expediri possit possessionis translatio. Stryck §. 22. l. c. — A. M. insbes. Noodt l. c.

lichen Akt, die Signirung, Uebergabe der Urkunden, der Schlüssel. Es unterscheiden sich also die hier in Rede stehenden Fälle von denen der fingirten Tradition in einem wesentlichen Punkt: „quoniam ubi fictio locum habet, ibi *nihil* est gestum, sed in illis speciebus utique celebrati sunt aliqui, licet improprii et symbolici actus.“ [18]) Dieß gab Veranlassung unsere Fälle, bei denen der Eigenthumsübergang weder auf reine Fiktion, noch auf wahre Tradition sich gründe, zu einer selbstständigen Klasse zusammenzufassen, deren eigenthümliches Merkmal darin liege, daß der Rechtserwerb „nota aliqua sive symbolo“ [19]) vermittelt werde, und der man daher den Namen symbolische Tradition gab:

„Symbolicam vocamus, cum non res ipsa traditur, sed actus aliquis repraesentans traditionem celebratur.“ [20])

Die einzelnen obgedachten actus corporales werden als symbolisirende Handlungen (actus, qui traditionem symbolice repraesentant) aufgefaßt und dem formalen Musterfall des de manu in manum transferre als gleichwirksam zur Seite gestellt.

Die einzelnen Quellenstellen, an welche unsere Lehre sich anlehnt, enthalten nun aber, wie sich nicht verkennen ließ, nur Beispiele, aus denen das allgemeine Prinzip erst gewonnen werden müßte, um sodann auf andere unter dasselbe gehörige Fälle angewendet zu werden; es hätte sich also, da man die obigen Quellenfälle keineswegs als nicht weiter auszudehnende Singularitäten zu betrachten geneigt war, sondern im Gegentheil aus ihnen die allgemeine Zuläßigkeit symbolischer Traditionen ableitete, weiter darum gehandelt den Umfang der möglichen Anwendungen dieser symbolischen Tradition dadurch juristisch festzustellen, daß man die Frage sich vorlegte und beantwortete, welche

---

[18]) Huber l. c. p. 146. So pflegte man den Unterschied im Allgemeinen zu formuliren. Vgl. z. B. auch Eyles l. c. p. 6. Et haec symbolica traditio a ficta utique differt. Actus enim quidam celebratur interveniente signo, at ubi fictio locum habet, plane nihil est gestum. Nihil autem geri et analogum geri toto coelo differunt.

[19]) Vinnius l. c. §. 40.

[20]) Huber l. c., oder: Symbolica traditio est, quae nota aliqua aut symbolo veram repraesentat. Westenberg, Principia juris §. 159. Vgl. Vinnius, Hellfeld, Hofacker l. citt.

„actus corporales“ im Allgemeinen geeignet seien das „dare de manu in manum“ rechtlich zu vertreten? Davon, daß eine erschöpfende Lösung dieser Frage auch nur versucht worden wäre, findet sich indeß in unserer Literatur m. W. keine Spur; man begnügte sich in der Regel damit den Satz, daß auch durch „symbola“ Eigenthum übergeben werden könne, durch die bekannten drei Quellenbeispiele zu illustriren, allenfalls auch nach dem Muster derselben ein Paar ähnliche zu erfinden, wie z. B. Mascard in der Uebergabe des Zaums und Sattels die symbolische Tradition des Pferdes, in der Uebergabe der „instrumenta navis, quibus navis ducitur“, die des Schiffes anerkennen will;[21]) was die Urkunden betrifft, so war man stillschweigend darüber einig, was von den instrumenta emtionis in L. 1. C. cit. gesagt ist, auf alle s. g. Erwerbstitel zu beziehen, ohne die Frage auch nur aufzuwerfen, ob und welche andere Urkunden etwa denselben Dienst zu leisten vermöchten. Im Allgemeinen wird wohl das Symbol als ein „signum rem repraesentans“,[22]) als ein „analogum quoddam, quo ipso rem nunc esse traditam declaratur“[23]) bezeichnet, allein auf welche thatsächliche Beschaffenheit jenes signum sich diese Repräsentation gründen müsse, oder ob sie etwa lediglich auf dem Belieben der Parteien beruhe, darüber erhalten wir keine Auskunft; daß jedoch bei der allgemeinen Unklarheit über die Kriterien eines rechtlich brauchbaren Symbols auch die letztgenannte Meinung Anhänger finden konnte, beweist Schmalz,[24]) der gelegentlich der symbolischen Schlüsselübergabe bemerkt, es könne jede beliebige andere Sache dazu ebenso gut verwendet werden, als die Schlüssel. — Der Wirkung nach stellte man, wie bereits bemerkt, die symbolische Tradition der traditio vera vollkommen gleich: es ist die allein herrschende, von Allen[25]) gleichmäßig vorge-

---

[21]) *Mascardus* de Probat. Vol. 3. concl. 1191, Eyles p. 14. — Brunnemann ad L. 74 contr. emt. generalisirt den Fall der Tradition durch Schlüsselübergabe dahin: qui tradit partem rei, videtur totum tradidisse ... jam vero claves sunt pars aedium.

[22]) Hellfeld §. 581, Hofacker §. 940.

[23]) Eyles p. 5, 6.

[24]) Handbuch des R.-Rechts, 1801. §. 199.

[25]) Ueber die abweichende Meinung zweier Schriftsteller, die jedoch vereinzelt und wirkungslos geblieben ist, s. unten Note 66.

tragene Meinung,[26]) daß auch durch traditio symbolica dem Empfänger zunächst immer der Besitz,[27]) und vermittelst desselben sodann je nach Umständen das Eigenthum, Pfandrecht u. s. w. erworben werde. —

Es ist im Vorstehenden versucht worden, die Entstehung des gemeinrechtlichen Instituts der symbolischen Tradition allein aus dem römischen Recht, d. h. aus der mißverständlichen Auffassung und Anwendung gewisser Stellen desselben zu erklären, ohne Rücksicht auf das ältere deutsche Recht, welches doch bekanntlich an symbolischen Handlungen überhaupt und insbesondere an Rechtsübertragungen durch derartige feierliche Akte so reich ist.[28]) Nichts desto weniger aber muß der Gedanke an eine unmittelbare Herleitung der „traditiones impropriae" des gemeinen Rechts aus den feierlichen Uebertragungsformen des deutschen Rechts verworfen werden. Denn einmal hat das deutsche Recht symbolische, den Eigenthumsübergang begleitende und bedingende Handlungen lediglich in Bezug auf Immobilien ausgebildet; der Verkehr mit beweglicher Habe spielte in älterer Zeit eine zu untergeordnete Rolle, als daß sich auch für ihn analoge feierliche Formen hätten entwickeln können, und später scheint das eindringende römische Recht dieß verhindert zu haben:[29]) dagegen erscheinen die Formen der gemeinrechtlichen traditio symbolica zunächst durchaus nur

---

[26]) Siehe alle oben angeführten Schriftsteller; auch Donell l. c. „...neque res prehenditur corpore, nec quidquam fit, quo res potestati nostrae aut custodiae subjiciatur; *possessio* tamen alterius rei prehensione transfertur;" Eyles p. 34. Urtheil bei Carpzow l. c. „Dieweil oben bemeldte traditio des Instruments... geschehen, wodurch ihr alsbald solcher Güter *Possess* und Eigenthum erlanget..."

[27]) Noodt, der es mit den Erfordernissen des Besitzerwerbs genauer nimmt, als die Anderen, sieht sich durch diesen auch von ihm angenommenen Satz genöthigt, eine spezielle Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß der Besitz nur animo et corpore erworben werde, zu statuiren: „... fuisse, qui a majorum definitione recederent, quasi jubente utilitate; cumque placeret, poss. non aquiri aliter, quam animo et corpore, tamen fingerent *utrumque* intervenisse, simul atque animus *idoneo signo* proderetur palam ..."

[28]) Vgl. im Allgemeinen hierüber Grimm, Deutsche Rechtsalterth. S. 109 f., Michelsen, über festuca notata und die german. Traditions-Symbolik 1856, Sandhaas, Germ. Abhandl. Nr. I. 1852, Walter, R.-Geschichte §. 544 f.

[29]) Beseler, Erbverträge I. §. 4, Danz, D. Privatrecht II. §. 259 f.

für Mobilien aufgestellt, und wenngleich gegen ihre analoge Anwendung auf Immobilien[30]) vom Standpunkt des gemeinen Rechts nichts eingewendet werden könnte (da das römische Recht bezüglich des Besitzerwerbs einen Unterschied zwischen diesen beiden Klassen von Sachen nicht kennt), so läge darin doch eine analoge Ausdehnung derselben über Fälle, für welche sie ursprünglich nicht bestimmt waren. Sodann aber läßt sich zwischen den mannigfachen Arten feierlicher Uebertragung nach deutschem Recht, als scotatio, affatomie, effestucatio, adrhamitio etc.[31]) und den oben besprochenen Beispielen der traditio „per notam aliquam vel symbolum" keinerlei Verwandtschaft entdecken, die auf eine unmittelbare Abstammung dieses weit jüngeren Gebildes von jener alten Gruppe zu schließen berechtigte, während andererseits ein Blick auf die oben angeführten römischen Quellenstellen genügt, um uns von vornherein zu überzeugen, daß aus ihnen — gewisse Mißverständnisse vorausgesetzt — die vorliegende Theorie von der symbolischen Tradition abgeleitet werden konnte. Daß dieß wirklich geschehen ist, geht aus der obigen Darstellung, und zwar namentlich aus dem Umstand hervor, daß die Schriftsteller, welche diese Theorie vorzugsweise ausgebildet und uns überliefert haben, sich zur Begründung ihrer Lehre einzig auf jene Quellenstellen berufen,[31a]) wie sie denn auch über den engen Kreis der in denselben enthaltenen Kasuistik nur selten hinauskommen. Wenn wir demnach daran festhalten müssen, daß unsere symbolische Tradition[32]) keineswegs ein Abkömmling einheimischer Rechts-

---

[30]) z. B. Uebergabe eines Hauses durch Einhändigung der betreffenden Urkunden, Tradition eines ummauerten Gartens durch Uebergabe der Thorschlüssel u. s. w. — Das österr. Recht (§. 427) beschränkt die symbolische Tradition ausdrücklich auf bewegliche Sachen.

[31]) Siehe darüber Grimm, Sandhaas a. a. O., Quellen und Urkunden bei Kraut, Grundriß §. 110; auch Pagenstecher, Eigenthum II. S. 195 f.

[31a]) Eyles, p. 15 bezeichnet die symb. Tradition von Mobilien ausdrücklich als rezipirtes Recht, „haud diffidendum est, illas traditiones symbolicas ... simul cum ipso Jure Romano .. Germaniam adscivisse."

[32]) Die solennen Formen der Immobilienübertragung des deutschen Rechts sind in das gemeine Recht nicht aufgenommen worden, und sind auch partikularrechtlich h. z. T. durch das Institut der Ingrossation fast überall verdrängt. Vgl. Beseler a. a. O., Gerber §. 89.

institute, sondern ein Ergebniß der Aufnahme und Verarbeitung des römischen Rechts ist,[32a]) so können wir doch andererseits nicht übersehen, daß es dabei einen Punkt gibt, der dunkel bleibt, so lange wir bei der Betrachtung des römischen Rechts allein stehen bleiben. Wir haben nämlich oben gesehen, wie die Annahme gewisser, vermeintlich im römischen Recht schon normirter symbolischer Traditionsarten dadurch möglich und nothwendig wurde, daß man von dem Axiom ausging, jede Eigenthumsübertragung erfordere einen bestimmten formellen actus corporalis, eine äußere Formalhandlung,[33]) welche kraft gesetzlicher Bestimmung den Rechtsübergang versinnlicht und bewirkt. Wie aber, müssen wir fragen, ist man zu diesem Axiom und dadurch weiter zu der Supposition gekommen, die in den oben sub 1—3 citirten Stellen erwähnten Vorgänge seien symbolische Handlungen, jene Urkunden, Schlüssel u. s. w. seien Sinnbilder der zu übergebenden Sache? — eine Auffassung, für die sich doch in den Schriften der römischen Juristen nicht der geringste Anhaltspunkt findet. Hier nun läßt sich der entscheidende, wenn gleich nur mittelbare Einfluß deutschrechtlicher Anschauungen auf die Entstehung unserer Lehre nicht verkennen: sie ist dadurch möglich geworden, daß man an den Gebrauch solenner Uebergabsformen in Deutschland von Altersher gewöhnt war, ihrer Anwendung täglich im Leben begegnete, und daher naturgemäß auch im römischen Recht das Vorhandensein ähnlicher Gebilde voraussetzend den Gedanken der symbolischen Tradition in dasselbe hineintrug. Es war aber das deutsche Recht auf einer Entwicklungsstufe stehen geblieben, wo es solenner Handlungen zur Markirung der außersinnlichen Vorgänge auf dem Gebiet des Rechts (Eigenthumsübertragung) nicht entbehren konnte; das römische Recht hatte diese Stufe bereits zur klassischen Zeit hinter sich. Die

---

[32a]) Wir können daher Beseler nicht zustimmen, wenn derselbe (D. Privatrecht, 2. Aufl. S. 327) in gewissen partikularrechtlich erhaltenen Formen symbolischer Uebereignung „die Autonomie der deutschen Rechtsbildung gegenüber dem Romanismus“ ausgesprochen findet.

[33]) Eine solche ist auch die „traditio vera“; sie wäre demnach selbst eine symbolische Tradition, insofern der Akt des dare de manu in manum die Rechtsübertragung symbolisch darzustellen bestimmt ist; und die κατ᾽ ἐξοχὴν so genannten traditiones symbolicae erscheinen dann, weil sie selbst wieder traditionem veram *repraesentant*, gleichsam als symbolische Handlungen der zweiten Ordnung.

Juristen der letztvergangenen Jahrhunderte nun, die unter dem lebendigen Einfluß des deutschen an die Erforschung des in manchen Richtungen viel weiter entwickelten römischen Rechts gingen, konnten gerade nach diesen Richtungen hin am leichtesten in Mißverständnisse verfallen; so haben sie denn vielfach dort, wo die römischen Juristen korrekte Anwendungsfälle ihrer Apprehensionslehre vortragen, symbolische Handlungen — wie deren das heimische Recht so mannigfaltige kennt[34]) — zu finden geglaubt.

Aber nicht allein das römische[35]) Recht habe — so glaubte man — für Mobilien symbolische Tradition anerkannt, auch im allgemeinen Vernunftrecht sei sie begründet, und die Interessen des Verkehrs erheischten sie.

Was das Erstere betrifft, so hat bekanntlich das Naturrecht seit seinen ersten Anfängen gegen die Tradition überhaupt Opposition gemacht, indem es die Behauptung festhielt, zum Erwerb des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte sei dieselbe keineswegs erforderlich, vor dem Richterstuhl der Vernunft genüge hier, wie beim Erwerb obligatorischer Rechte, die bloße Willensübereinstimmung der Kontrahenten.[36]) Nichtsdestoweniger wurde die Geltung der Tradition im positiven Recht insofern auch vom Naturrecht für gerechtfertigt anerkannt, als sie einem Bedürfniß des Lebens zu entsprechen schien, indem sie den Rechtsübergang in einer auch für Dritte deutlich wahrnehmbaren Weise signalisirt, und dadurch Letztere möglicherweise vor Schaden bewahrt.[36a]) Dieser praktische Zweck aber bedarf zu seiner Realisirung

---

[34]) Die meisten der oben angeff. älteren Schriftsteller (auch noch Gesterding, Eigenthum S. 155 f. und Zeiller, Comm. II. S. 224) verweisen, wo sie von der traditio symbolica handeln, gelegentlich auch auf die traditiones Germanorum symbolicas und verbreiten sich darüber, wie das deutsche Recht mit dem römischen in der Anwendung der Symbole übereinkomme, nur die Arten derselben verschieden seien u. s. w. Eyles p. 15.

[35]) Sogar bis in das Mosaische Recht hinauf verfolgte man die Spuren der symb. Tradition. S. Eyles p. 3, der im Buch Ruth IV. 7 eine solche zu finden glaubt. Siehe auch Otto, Jurisprudentia symbolica (1735), cap. VI. A Judaeis et Aegyptiis symbola manasse ad ceteras gentes.

[36]) Hugo Grotius, de j. belli ac pacis. lib. 2. cap. 8. §. 25, Pufendorf, de jure naturali et gent. lib. 4. cap. 9, Thomasius, Jurisprud. divina, lib. 2. cap. 10. §. 156. u. A. m.

[36a]) „Das deutliche Erkennen des Ueberlassens (ist) der Grund aller positiven Gesetze, welche zum Eigenthumserwerb die Uebergabe verlangen; ... damit diejenigen, welche die Sache an sich zu bringen gedenken ...“ u. s. w. Nippel III. S. 365.

nicht eben der Besitzübertragung; es ist klar, daß jede andere in die Außenwelt fallende Handlung (actus corporalis), sobald sie nur den vom Recht und vom Verkehrsleben anerkannten Sinn hat den Rechtsübergang zu manifestiren, ebenso geeignet ist jene Bestimmung zu erfüllen, und daß ihr daher vom Standpunkt des Vernunftrechts dieselbe relative Berechtigung zuerkannt werden mußte, wie der Tradition.[37]) Mit Rücksichten auf den Verkehr also rechtfertigte die spekulative Jurisprudenz die positive Geltung wie der echten, so auch der symbolischen Tradition. Und in der That war mit der ersteren allein im Leben schlechterdings nicht auszukommen, sobald man sie einmal auf den Akt des buchstäblichen de manu in manum transferre beschränkt hatte; denn wer hätte darauf bestehen wollen, daß der Uebernehmer eines Holzhaufens oder einer Bibliothek jedes einzelne Stück mit den Händen ergreifen müsse? Hier hätten andere Uebertragungsformen gesucht werden müssen, auch wenn das römische Recht solche in der Signirung und Schlüsselübergabe nicht bereits dargeboten hätte; nachdem man aber diese einmal hatte, lag es nahe in ihnen die Mittel zu weiterer Erleichterung des Verkehrs zu erblicken, indem es durch sie möglich wurde, auch in Abwesenheit des zu übergebenden Gegenstandes die Tradition vorzunehmen. In dieser doppelten Möglichkeit, einzelne oder Kollectivgegenstände von größerem Umfang wie mit Einem Schlag zu tradiren, und das nicht allein an Ort und Stelle, sondern wo immer es den Kontrahenten beliebt, lag die überwiegende Bedeutung für den Verkehr, welche die ältere Wissenschaft und Praxis den traditiones symbolicae beilegte; und die allgemeine Ueberzeugung von dem Vorhandensein jener angeblich dringenden Bedürfnisse des Verkehrs war es wieder, der die Theorie von der symbolischen Tradition ihre Ausbildung und allgemeine Verbreitung in erster Linie mit verdankt.[38])

---

[37]) Vgl. die Naturrechts-Lehrbücher des vorigen Jahrhunderts. — Auch in seiner „Vorbereitung zur österr. Gesetzkunde" 1810. I. S. 7 leitet Zeiller die symb. Tradition „durch deutliche Zeichen" unmittelbar aus dem Vernunftrecht ab.

[38]) Sie ist „propter commoditatem recepta, quo expeditior esset ratio commerciorum." Vinnius §. 43. — Es liegt also darin, daß die Ausnahmen des §. 427 a. b. Gb. zur Erleichterung des Verkehrs eingeführt sind, keine Verschiedenheit derselben von den symb. Traditionen des gem. Rechts, wie Unger, Sächs. Entw. S. 190 meint, — denn letztere sind es auch.

Fassen wir die dargestellte Theorie des älteren gemeinen Rechts schließlich kurz zusammen, so besteht sie in folgenden Sätzen: Wahre Tradition (traditio vera) kann bei Mobilien nur durch datio de manu in manum geschehen; daneben sind utilitatis causa anerkannt traditiones fictae[39]) d. h. Fälle,[40]) wo es ausnahmsweise einer Tradition gar nicht bedarf, sondern der bloße Vertrag zur Begründung des dinglichen Rechts genügt, — und traditiones symbolicae; letztere werden entweder durch Anbringung von „notae“ (Signirung), oder durch Uebergabe gewisser anderer Sachen (symbola) vollzogen, und stehen der Wirkung nach der traditio vera gleich.[41])

Wenden wir uns nunmehr zurück zu den Eingangs angeführten Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuchs, so zeigen sich in denselben die obigen Sätze der damals herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin treu wiedergegeben:[42]) Der §. 426 enthält unter der Marg.=Rubrik „körperliche Uebergabe“ die traditio vera[42a]) („Uebergabe von Hand zu Hand“) — §. 428 („Uebergabe durch Erklärung“) die traditio ficta, — die §§. 427, 452 (Marginalrubr.: „Symbolische Uebergabe — Uebergabe durch Zeichen“) die traditio symbolica.[43]) Demgemäß

[39]) Der Ausdruck „traditio ficta“ wird auch in einem weiteren Sinn gebraucht, wonach er die symb. Tradition mit in sich begreift.

[40]) Nicht alle Schriftsteller sind darüber einig, welche Fälle unter den Begriff der trad. ficta im engeren Sinn zu rechnen seien. Hellfeld z. B. zählt hierher bloß die trad. brevi m. und ebenso Huber, oben Note 7.

[41]) Ein Versuch, aus der trad. vera und symbolica die gemeinsamen Merkmale herauszuheben, und dadurch zu einem allgemeinen Begriff von traditio zu gelangen, findet sich bei Höpfner, Comm. §. 335. „Jede körperliche Handlung, wodurch ich zu erkennen gebe, daß ich den Besitz der Sache auf den Andern übertragen haben wolle, ist eine Tradition.“

[42]) Dasselbe muß vom Pr. L.=Rt. I. 7. §. 62 f., I. 20. §. 271 f. behauptet werden, obwohl man in neuerer Zeit versucht hat, die symb. Tradition aus dem preuß. Recht hinauszuinterpretiren. Koch, Besitz S. 132 f. Privatr. I. §. 174. Dagegen mit Recht Bornemann I. S. 498.

[42a]) Die „wirkliche Uebergabe“, von der §. 943 spricht, ist nicht im Gegensatz zur symbolischen, sondern „zu einer bloß versprochenen“ aufzufassen. Vgl. das Handelsgerichtl. Urtheil, österr. Gerichtsztg. 1861. Nr. 107.

[43]) §. 427 lautet: „Bei solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, wie bei Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Waarenlager oder einer andern Gesammtsache, gestattet das

lehren auch unsere Commentatoren bis heute für das österreichische Recht im Wesentlichen genau das, was wir oben von den älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern über die verschiedenen Arten der Tradition gehört haben: „Die mittelbare Besitzerwerbung setzt eine Uebergabe voraus, welche nicht gerade eine körperliche zu sein braucht, sondern auch durch Zeichen, Urkunden, Uebergabe der Werkzeuge oder eine bloße Erklärung geschehen kann, folglich auch bei Sachen stattfindet, welche man in dem Augenblick der Erwerbung physisch zu ergreifen nicht im Stande ist,“[44]) . . . „eine andere Art von Uebergaben, als die von Hand zu Hand, welche die Uebergabe durch Zeichen oder die symbolische genannt wird.“[45])

Es ist nun aber diese Lehre, so weit es sich dabei um symbolische Tradition handelt,[46]) nicht nur dem römischen Recht gänzlich fremd,[47]) sondern auch an und für sich betrachtet falsch, weil innerlich widerspruchsvoll und verkehrt, und darum — so wie sie vorliegt — auch dort unhaltbar, wo sie, wie in Oesterreich, durch positive gesetzliche

---

Gesetz die Uebergabe durch Zeichen, indem der Eigenthümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird, oder die Werkzeuge übergibt, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen; oder indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus Jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlassen worden ist.“

[44]) Winiwarter, Bürgerliches Recht II. S. 43.

[45]) Nippel III. S. 362, Zeiller II. S. 223, Stubenrauch I. S. 810.

[46]) Von der „körperlichen“ Uebergabe und den Fällen des §. 428 braucht hier nicht weiter die Rede zu sein.

[47]) Schon i. J. 1779 hatte Westphal (Rechtliche Abhandlung von der Uebergabe und Belehnung, Halle 1779) die fingirten und symbolischen Besitzerwerbungen für das röm. Recht im Wesentlichen auf Grund derselben Erwägungen verworfen, die später Savigny so glänzend und siegreich zur Geltung gebracht hat. H. z. T. ist die entgegengesetzte Ansicht nahezu verschollen. S. aber Pachmann, Verjährung S. 77, der im R.-R. noch immer 4 „singuläre und insofern nicht ausdehnbare Besitzerwerbungsarten“ finden will, und Stubenrauch, Comm. I. S. 810; in neuerer Zeit ist Lenz (Recht des Besitzes S. 203) wieder auf eine Art fingirte Tradition zurückgekommen, indem er im Fall der L. 9. §. 6. D. domin. die Uebergabe der Schlüssel lediglich als „ein Zeichen der Perfektion“ betrachtet und Eigenthums- ohne Besitzerwerb behauptet. Dagegen Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 59—63.

Bestimmungen ihren scheinbar vollkommen adäquaten Ausdruck gefunden hat.[48])

Um dieß nachzuweisen genügt es, sich die juristischen Konsequenzen dieser Lehre an den hierher gehörigen Hauptfällen zu vergegenwärtigen.

Es soll, wie auf Grund des §. 427 allgemein behauptet wird, Besitz und Eigenthum dadurch übertragen werden können, daß dem Nehmer gewisse[49]) auf die zu übergebende Sache bezügliche Urkunden eingehändigt werden. Wie aber stimmt dieß mit den allgemein giltigen, oben entwickelten Grundsätzen über den Besitzerwerb, wonach ein solcher nicht möglich ist ohne Herstellung des thatsächlichen Verhältnisses der Detention? Denn gewiß hat derjenige, dem ein geschenktes Pferd durch Uebergabe der geberischen Erwerbsurkunde symbolisch tradirt wurde, vorläufig lediglich dieses Stück Papier in seiner Macht und Gewahrsame, nicht aber das zur Zeit noch außerhalb des Bereichs seiner natürlichen Herrschaft stehende Pferd selbst; er ist also nicht Inhaber, und gleichwohl sollte er Besitzer sein, da doch nach §. 309 a. b. Gb. der Besitz vor Allem die Innehabung voraussetzt? —

Durch ähnliche Bedenken hat sich neuerlich Randa[50]) veranlaßt gesehen, hier von einem „einzigen" Fall anomaler Besitzerwerbung

---

[48]) Indem ich im Folgenden diese Behauptung zu erweisen versuche, muß ich mich von vornherein gegen den Vorwurf verwahren, als suchte ich durch Argumente de lege ferenda gegen die verbindliche Kraft positiver Rechtssätze anzukämpfen. Daß das Institut der symb. Trad. (gegen welches sich allerdings de lege ferenda gar Manches einwenden ließe) im österr. Recht thatsächlich rezipirt ist und gilt, wird vielmehr unten gegen Randa's theilweisen Widerspruch festgehalten werden; allein die juristische Behandlung, welche diesem Institute seitens der österr. Jurisprudenz in vollem Anschluß an die oben geschilderte weiland gemeinrechtliche Lehre noch immer zu Theil wird, läßt dasselbe vor den Augen der heutigen Wissenschaft als ein Unding erscheinen, als ein Rechtsgebilde nämlich, dessen Ausflüsse zum Theil mit anerkannten juristischen Grundwahrheiten im Widerspruch stehen. Diese Widersprüche in der herrschenden Lehre aufzuweisen, sodann aber eine Konstruktion zu finden, wonach die im österreichischen Recht nachweisbar geltenden Rechtswirkungen der symb. Tradition unter Vermeidung obiger Widersprüche sich erklären, ist die Aufgabe der im Text folgenden Erörterung.

[49]) Auf die nähere Qualifikation der erforderlichen Beziehung zwischen der Urkunde und dem Traditionsgegenstand selbst kommt es hier vorläufig noch nicht an.

[50]) a. a. O. S. 126, 127.

„durch Zeichen" zu sprechen, welche jedoch „als singuläres Recht" nur dann statthabe, wenn zugleich der Eigenthumsübergang erfolgt. Wie dieser Besitz ohne Innehabung zu denken sei, steht dabei immer noch dahin, was aber die letztere von Randa weiter behauptete Beschränkung anbelangt, so ist dieselbe inkonsequent und materiell unrichtig. Denn es heißt das wahre Verhältniß von Recht und Thatsache geradezu umkehren, wenn man letztere (Besitz) von ersterem (Eigenthum) abhängig macht; und überdieß wäre der praktische Sinn dieses vom Eigenthumserwerb bedingten Besitzerwerbs gar nicht abzusehen,[51]) da ja bekanntlich der Besitz, wo er mit dem Eigenthum zusammenfällt, von diesem vollständig gedeckt und absorbirt wird. Läßt man also, der obigen Bedenken ungeachtet, aus der Thatsache der Urkundenübergabe von Seiten des Eigenthümers dem Nehmer Besitz und Eigenthum an der betreffenden Sache entstehen, so ist man genöthigt auch dann, wenn der Geber nicht Eigenthümer ist, den Besitz, eventuell als Usukapionsbesitz, beim Nehmer anzuerkennen.[52]) —

Besitz und Eigenthum (oder andere dingliche Rechte) sollen ferner dadurch erworben werden, daß der Geber dem Nehmer die Werkzeuge überliefert, welche dazu dienen zur Sache selbst zu gelangen (z. B. die Schlüssel). Es ist nun schon oben ausgeführt, wie dadurch allerdings dem Empfänger sofort der Besitz entstehen **kann**, wenn nämlich die Umstände so liegen, daß mit dem Besitz des Werkzeugs auch die Macht über die Sache thatsächlich begründet ist. Aber ist dieß immer der Fall? Gewiß dann, wenn die Werkzeuge in unmittelbarer Nähe der Sache selbst übergeben werden, und Niemand da ist, der die sofortige Anwendung derselben hindern wollte und könnte, — wie aber außerdem?[53]) Kann man wirklich sagen, ich **habe** den in einem entfernten

---

[51]) Nach **Randa**'s Ansicht hätte unser Nehmer zwar vom Moment der symb. Tradition ab die possess. Interdikte, aber doch nur, **wenn** er Eigenthümer geworden ist; er müßte also, um mit der **Besitz**klage durchzubringen, den **Eigenthums**beweis führen!

[52]) So ausdrücklich **Donell** V. c. 9.

[53]) Dieß übersieht Randa vollständig, wenn er S. 121 allgemein sagt: „Wem z. B. die Schlüssel einer Kiste übergeben werden, der hat ohne Zweifel die ausschließliche Macht über die darin verschlossenen Sachen nicht weniger erlangt, als wenn ihm dieselben körperlich (?) eingehändigt würden." Es ist dieß nur unter

Keller liegenden Wein, sobald ich die Schlüssel dazu empfing? Vielleicht ist der Keller in diesem Augenblick gar nicht verschlossen, und wenn auch, so bin ich vielleicht nicht der Einzige, der einen Schlüssel zu demselben hat. Hat aber auch ein Anderer einen solchen, welcher von uns ist dann Besitzer, da es doch feststeht, daß „duorum in solidum possessionem esse non posse“?[54]) oder wenn ein Dritter durch Urkundenempfang (s. oben) in den Besitz gesetzt wurde, und vollends ein Vierter gleichzeitig im Keller selbst sich befindet und mit dem unzweideutigsten animus possidendi auf den betreffenden Weinfässern sitzt?[55]) Wie sollte der Umstand, daß ich die Schlüssel habe und ein Anderer die betreffenden Urkunden inne hat, den Besitz dieses Letzteren auszuschließen im Stande sein? In der That muß man, wenn nicht alle Grundsätze über Detention und Besitzerwerb auf den Kopf gestellt werden sollen, zugeben, daß er, und er allein die fraglichen Weine besitzt. Wie aber steht es denn um den Besitz,[56]) der für jene Andern aus der symbolischen Tradition[57]) erworben sein soll? —

---

der obigen Voraussetzung richtig, welche wohl das röm. Recht (L. 74. D. contr. emt.), nicht aber das österreichische macht (§. 427, vgl. die Commentat. dazu); vielmehr liegt die praktische Bedeutung der „Uebergabe durch Werkzeuge“ nach österr. Recht gerade darin, daß sie auch stattfinden kann, wenn die zu übergebende Sache den Kontrahenten nicht zur Hand ist, und eine „körperliche Uebergabe“ darum unmöglich erscheint. Auf diesem Irrthum beruht Randa's weitere Folgerung, daß der zweite Fall des §. 427 keine symbolische, sondern wahre Tradition enthalte, ebenso wie die in demselben Sinn noch weiter gehende Behauptung von Demelius, Oesterr. Gerichtszeitg. Jahrg. 1858. Nr. 35, S. 138.

[54]) L. 5. §. 15. D. commodati, L. 3. §. 5. D. possess.

[55]) Diese Schwierigkeiten fühlend gibt Nippel III. S. 362, 363 zu, daß die symb. Tradition ihren Zweck, dem Empfänger die physische Macht zu gewähren, minder vollkommen erreicht, als die wahre. In Wahrheit aber würde sie, hätte sie diesen Zweck, denselben ganz verfehlen.

[56]) Die Frage nach dem Eigenthum bleibt hier vorläufig außer Betracht; zwischen wohlerworbenen Rechten Mehrerer wäre allenfalls Collision denkbar, Thatsachen aber können nicht kollidiren.

[57]) Es liegt hier, namentlich vom Standpunkt Randa's, der Einwurf nahe, daß in den obigen Fällen eine giltige symb. Tradition darum nicht angenommen werden dürfe, weil eben der Empfänger nach Maßgabe der Umstände durch den Empfang jener Werkzeuge nicht in den Stand gesetzt wurde, „ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen.“ Allein m. E. haben diese Worte des Gesetzes

Was schließlich noch die Fälle betrifft, wo die symbolische Tradition durch Anbringung eines Merkmals an der zu übergebenden Sache[58]) vollzogen wird (§. 427 fin.), so kommt hier Alles auf die individuelle Natur des gegebenen Falles und die sich hieraus ergebende Willensmeinung der Parteien an. Erscheint nämlich die Vornahme der Signirung als Aeußerung des Besitzwillens, sei es von Seite des Nehmers, der dadurch die Apprehension gleichsam manifestirt, sei es von Seite des Gebers, der damit seinen Willen nicht mehr für sich, sondern für den Nehmer zu detiniren an den Tag legt, so ist freilich der Besitzerwerb des Letzteren zweifellos;[59]) die Signirung an sich hat dann keine selbstständige juristische Bedeutung, sie kann, wie außer ihr gar manche andere Umstände, für den Beweis des Besitzwillens von großer Wichtigkeit seien, für den rechtlichen Effekt des Vorganges aber kommt es einzig und allein auf das Dasein dieses Willens an.

Wie nun aber, wenn die Signirung nach der Intention der Parteien nicht als Besitzakt aufgefaßt werden darf, wenn der Wille derselben gar nicht dahin geht, daß dem Nehmer irgendwelche thatsächliche Gewalt über die signirte Sache durch jenen Akt eingeräumt werde? Daß Rechtsgeschäfte mit dem bezeichneten Willensinhalt nicht nur an

---

lediglich den Zweck diejenigen Sachen im Allgemeinen zu charakterisiren, die tauglich sind, als „Symbole" bei dieser Art der Uebergabe verwendet zu werden. Dieser gesetzlichen Charakteristik aber entsprechen die Schlüssel gewiß und unter allen Umständen, denn sie sind ja Werkzeuge, die ihrer Natur nach dazu bestimmt sind, uns den ausschließenden Besitz der versperrten Sachen zu sichern, dieses Ausschließen ist ja der Zweck des Einschließens. Demgemäß geht denn auch die übereinstimmende Meinung der österr. Schriftsteller (vgl. Zeiller II. S. 223, Nippel III. S. 362, Stubenrauch I. S. 813 u. a. m.) dahin, daß in der (in der erforderlichen Willensmeinung vorgenommenen) Uebergabe der Schlüssel zu dem den Traditionsgegenstand enthaltenden Raum stets symb. Tradition liege, ohne Rücksicht darauf, ob nach Lage der Umstände diese Schlüssel ihre Aufgabe im gegebenen Fall mehr oder weniger vollständig erfüllen.

[58]) Es versteht sich, daß diese Signirung als einverständliche vorausgesetzt wird; sei es, daß beide Kontrahenten sie gemeinsam vornehmen, oder der Nehmer allein mit Wissen und Willen des Gebers, oder Letzterer in Vertretung des Nehmers. Daß Beide zugleich gegenwärtig sind, ist dazu nicht erforderlich. Randa S. 124.

[59]) Unmittelbar oder durch constitutum possess.; s. oben S. 145, 146. Randa S. 125, Treitschke, Kaufkontrakt, 2. Aufl. S. 237, dazu Wengler N. b.

sich möglich,[60]) sondern auch praktisch von Anwendung und Belang sind, kann nicht bezweifelt werden: Wenn ich z. B. bei Begründung einer Darlehensschuld dem Gläubiger meine Büchersammlung verpfände, und wir, um das Pfandrecht für Jedermann ersichtlich zu machen (§. 452), an meinem Bücherschrank eine Aufschrift des Inhalts anbringen, daß diese Bücher dem N. N. verpfändet seien, so liegt darin meinerseits lediglich der Wille ausgesprochen, dem Gläubiger das dingliche Recht an den Büchern zu bestellen; es kommt mir gar nicht in den Sinn, ihm damit auch die Gewahrsame, den Gebrauch oder nur irgendwelche Besitzhandlung an denselben zu gestatten, noch weniger aber mir den eigenen Gebrauch meiner Bücher von ihm erst erlauben zu lassen;[61]) ich will ihn weder unmittelbar besitzen lassen, noch für ihn detiniren.[62]) Ebenso entfernt ist seinerseits der Gläubiger vom animus rem sibi habendi; er begnügt sich, und muß sich begnügen mit dem eventuellen Recht, seinerzeit zu seiner Deckung auf meine Bücher zu greifen, bis dahin aber sind diese ihm rechtlich und thatsächlich fremd. Wo wäre nun hier ein Besitzakt? Und konstruirt man nicht das ganze Verhältniß in grellem Widerspruch mit der Willensmeinung der Parteien und mit der gemeingiltigen Rechtsregel, daß zum Besitz vor Allem auch der Wille die Sache „als die seinige" zu haben gehöre (§. 309), wenn man hier mit der herrschenden Meinung annimmt, der Gläubiger habe

---

[60]) Diese Möglichkeit läßt Randa (S. 125) gänzlich außer Acht, indem er hier durchweg voraussetzt, daß „der bisherige Besitzer den Besitz zu Gunsten des Gegenwärtigen (Nehmers) aufgeben will"; wenn er dieß nun aber nicht will? — Und gerade dieses negative Moment im Willen des Gebers macht das Charakteristische des 3. Falls der symb. Tradition nach §. 427 aus, ohne welches nicht symbolische, sondern echte Tradition vorläge. Wenn daher Randa behauptet, es liege in der Uebergabe durch Signirung „keine bloß symbolische, sondern eine wirkliche, körperliche Apprehensionshandlung vor", so hat er für die Fälle, die er im Auge hat, allerdings Recht, allein es sind dieß nicht die Fälle des §. 427. Nr. 3, sondern die der §§. 426, 428, — also gerade die nicht, um welche es uns hier allein zu thun ist.

[61]) So daß mein Besitz als precaria possessio erschiene. L. 15. §. 5. D. qui satisdare cog. 2, 8.

[62]) Darin liegt die wesentliche Verschiedenheit von den Fällen, die Randa a. a. O. allein in Betracht zieht.

durch die symbolische Uebergabe (§. 452) mit dem Pfandrecht auch den Besitz der Pfandsachen[62a]) erworben? —

Aus den vorstehenden Bemerkungen erhellt, daß diese herrschende Lehre, indem sie die symbolische Tradition als Rechtsübertragung durch Besitzübergang auffaßt, in unlösbaren Widerspruch tritt mit den allgemein geltenden und anerkannten Grundsätzen über Besitzerwerb.[63]) Denn die äußeren Vorgänge, auf welchen in den einzelnen hierher gehörigen Fällen die „symbolische Uebergabe" beruht, sind eben thatsächlich nicht geeignet auf Seiten des Nehmers den Besitzerwerb zu bewirken, sei es, weil es diesem an der wirklichen Macht über die Sache, dem corpus, oder, wie in dem zuletzt besprochenen Fall, am erforderlichen animus zur Apprehension fehlt.

Wenn nun aber diese „actus corporales" (Werkzeuge-, Urkundenübergabe u. s. w.) allem Obigen zufolge an sich den Besitz zu erzeugen nicht vermögen, so ist doch daraus von vornherein der Schluß nicht

---

[62a]) Das durch symbolische Tradition bestellte Pfand ist in der That kein Faustpfand (pignus), sondern hypotheca, und darum die allgemeine Behauptung, daß nach österr. Recht an Mobilien nur Faustpfandrecht möglich sei, unrichtig. Letzteres ist allerdings die Regel (§. 451), welche jedoch in den Fällen des §. 452, wo das Pfandrecht erworben wird, ohne daß der Gläubiger die Pfandsache „in Verwahrung" (§. 451) nimmt, weitgreifende Ausnahmen erleidet. (Eine andere, nicht hierher gehörige Ausnahme von der Regel des §. 451 ist der Erwerb des exekutiven Pfandrechts durch gerichtliche pfandweise Beschreibung nach §. 342 A. G. O.)

[63]) Unter den älteren Rechtsgelehrten haben Noodt, Pufendorf und van Eck diesen Widerspruch erkannt; Ersterer wurde dadurch bewogen die wahre Apprehensionstheorie mit singulären Ausnahmen zu durchbrechen (s. oben Note 27), die beiden Letzteren haben den richtigen Ausweg erkannt (s. unten N. 66). — Für das österr. Recht sucht Randa (wie Koch für das preußische) dadurch zu helfen, daß er nachzuweisen versucht, die „Besitzergreifungsarten" des §. 427 a. b. Gb. seien „einen einzigen Fall ausgenommen, keine symbolischen, sondern wirkliche Apprehensionsakte" (S. 121) und daher, wo das Gesetz von „Uebergabe durch Zeichen" spricht „der Irrthum mehr in der Ausdrucksweise gelegen" (S. 119). Allein diese Lösung ist einmal keine vollständige, wie Randa selbst zugesteht, indem er jenen „einzigen Fall" (Uebergabe durch Urkunden) doch wieder ganz in der hergebrachten Weise konstruirt, sie ist aber auch unbefriedigend für die übrigen Fälle, da die Behauptung, es liege in denselben durchweg wahre Apprehension, also regelrechter Besitzerwerb vor, dem eben Ausgeführten zufolge nicht haltbar ist.

gestattet,[64]) daß sie auch die Uebertragung dinglicher Rechte zu vermitteln nicht im Stande sind: Der Besitz ist vor Allem eine Thatsache und hängt somit ab von thatsächlichen Voraussetzungen, die das Recht nicht beliebig herbeischaffen kann; Eigenthum, Pfandrecht, Servituten aber sind Rechte, deren Erwerbung für ein bestimmtes Subjekt an diese oder jene Bedingungen zu knüpfen in der Macht des Gesetzgebers steht. Regelmäßig ist nun zwar, wie wir gesehen haben, der vertragsmäßige Erwerb dieser Rechte auch nach österreichischem Recht an die Thatsache des Besitzerwerbs gebunden, aber nicht nothwendig und nicht immer ist dieß der Fall; für Immobilien gilt sogar regelmäßig das Gegentheil, indem dingliche Rechte an solchen in der Regel nicht durch den Besitzerwerb,[65]) sondern lediglich durch die Eintragung in das öffentliche Buch erworben werden. Ein inneres Bedenken steht also auch der weiteren Annahme von vornherein nicht entgegen, daß es nach österreichischem Recht auch für die vertragsmäßige Bestellung dinglicher Rechte an Mobilien noch andere Formen gebe, als die der Besitzübertragung (traditio).

Es lassen sich aber die gesetzlich anerkannten Fälle der s. g. symbolischen Tradition in der That nur dann befriedigend konstruiren, wenn man sie als solche Formen auffaßt, und daran festhält, daß kraft der Be-

[64]) Es ist der Grundirrthum der herrschenden Lehre, daß sie umgekehrt so argumentirt: Symbolische Tradition ist Tradition; Tradition aber ist zunächst immer Besitzübertragung, also muß durch symb. Tradition nothwendig Besitz erworben werden. Vgl. Winiwarter, bürg. Recht II. §. 27. „Uebergabe heißt doch nichts Anderes, als die Sache in den Besitz eines Anderen übertragen; nun wird aber in §. 427 die s. g. symb. Uebergabe als eine Art der Uebergabe dargestellt, sie muß also auch zur Besitzerwerbung geeignet sein.“ In demselben falschen Zirkel bewegt sich Randa, der unsere Frage mit dem Argument abzuthun glaubt „daß in den Fällen der Tradition Besitzerwerb und Eigenthumserwerb begriffsmäßig untrennbar sind“ (S. 107. N. 13); denn eben darin liegt die petitio principii, daß man die symbolische Uebergabe ohneweiters unter die „Fälle der Tradition“ stellt, und sie wurzelt in dem Irrthum, daß überall, wo das Gesetz von „Uebergabe“ spricht, an Tradition im technischen Sinn zu denken sei. Vgl. dagegen oben S. 10. N. 22.

[65]) Daß der s. g. Tabularbesitz kein Besitz ist, sollte h. z. T. nicht mehr bezweifelt werden. Unger II. S. 285, Randa S. 38 f. (Gleichwohl noch immer auf jenem veralteten Standpunkt: Füger v. Rechtborn, Systematische Darstellung der Rechtswirkungen der Einträge in die öffentlichen Bücher, 1865; vgl. daselbst §. 95 f.)

stimmungen der §§. 427, 452, 481 b. Gb. zwar das Eigenthum[66]) und andere dingliche Rechte an beweglichen Sachen, nicht aber deren Besitz „durch Zeichen" erworben werden kann. Bei dieser Auffassung verschwinden einerseits die oben urgirten Widersprüche mit den allgemeinen Grundsätzen über die Apprehension von selbst, anderseits ergeben sich aus derselben die positiven Wirkungen der symbolischen Tradition ebenso vollständig, als aus der herrschenden, u. E. falschen Konstruktion. Es beziehen sich nämlich die nachweisbaren rechtlichen Wirkungen derselben lediglich auf die Uebertragung des dinglichen Rechts: daß auch der Besitz dem Empfänger (der Symbole zc.) erworben werde, hat das Gesetz nirgends gesagt,[67]) noch ihm die Rechte des Besitzes ertheilt;[68]) es kann daher weder angenommen werden, daß ihm die Inter-

---

[66]) Schon für das ältere gemeine Recht haben Cornelius van Eck (Thes. juris controv. §. 21) und Pufendorf (Observat. I. 2) unter Berufung auf L 9. §. 3. D. aqu. dom. den Satz aufgestellt, daß durch Uebergabe eines Symbols in Abwesenheit der Sache zwar nicht der Besitz, wohl aber das Eigenthum erworben werde („nihil impedit, quominus per symbolum extra rem praesentem collatum ... *dominium* a domino accipiat." Pufendorf l. c.), eine Ansicht, die jedoch nicht durchzubringen vermochte. (Auch Donell. IV. 19. §. 5. behauptet: „et *sine possessione* aquiri posse dominium *traditione*", macht jedoch davon keine Anwendung auf die symb. Tradition.) — Für das österr. Recht ist dieser m. E. allein richtige Gedanke gelegentlich von Pachmann (Verjährung, §. 29) ausgesprochen, welcher sich dafür auf den Wortlaut des §. 427 selbst (verb. „den Besitz der Sache zu ergreifen") beruft und meint, „aber was man erst noch erlangen (ergreifen) muß, kann man unmöglich schon haben." Diese Begründung ist freilich nicht stichhaltig (denn sie würde gleicherweise den Besitz auch ausschließen, wenn jene Werkzeuge in Gegenwart der Sache übergeben, oder diese in conspectu des Nehmers hingelegt wurde, da in beiden Fällen vor der unmittelbaren physischen Berührung der Besitz der Sache nicht — im Sinne des §. 427 — „ergriffen" ist), aber darum der Satz selbst nicht minder richtig. Gegen Pachmann insbesondere Winiwarter II. S. 43 (dessen Argumente kaum der Erwähnung werth sind), Stubenrauch I. S. 638, Randa S. 107 (vgl. oben N. 64).

[67]) Unter den „deutlichen Zeichen" in §. 315 sind nicht etwa Symbole zu denken, sondern alle unzweideutigen Aeußerungen (§. 863) des Vertragswillens. Randa S. 120 f.

[68]) Auch wenn das Gesetzbuch ausdrücklich bestimmt hätte, daß durch symb. Tradition der Besitz erworben werde, so könnte dieß nach allem Obigen nur den Sinn haben, daß dem Empfänger, obwohl er nicht Besitzer ist, doch die jura possessionis zustehen sollen; allein derartige singuläre Ausnahmsbestimmungen existiren

dikte zustehen, noch daß er, wenn der Geber selbst nicht Eigenthümer war, durch Ersitzung das Eigenthum der symbolisch tradirten Sache zu erwerben in der Lage sei.[69])

Das Resultat unserer Untersuchung über die rechtliche Natur der symbolischen Tradition des österreichischen Rechts geht also dahin: Das österreichische Recht hat die römische Grundregel „... traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur" im Prinzip angenommen (§. 425); — es hat dieselbe nach ihrer negativen Seite hin vollständig durchgeführt (durch nackten, formlosen Vertrag kann nach österreichischem Recht kein dingliches Recht erworben werden); — von dem positiven Inhalt jener Regel („traditionibus") aber ist es auch in Bezug auf Mobilien[70]) theilweise abgegangen.[71]) Die Besitzüber-

---

im österr. Recht nicht (vgl. oben Seite 150, 151) und es liegt daher so wenig in den Fällen des §. 427, als in dem des §. 429 Veranlassung vor, dem Empfänger auch nur den „fingirten Besitz" zuzuschreiben. — Freilich lag die entgegengesetzte Meinung ohne Zweifel im Sinn der Verfasser des a. b. Gb., die nämlich, daß die symb. Tradition auch den Besitz überträgt, wie dieß von der gemeinrechtlichen Jurisprudenz (s. oben Note 26) ehedem allgemein angenommen wurde und im Pr. L.-Rt. (vgl. I. 20. §. 272 f.) ausdrücklich ausgesprochen ist. Wenn aber trotzdem die neuere preußische Theorie und Praxis (vgl. Koch, Besitz S. 132 f.) diesen Irrthum verworfen hat, was sollte uns vermögen ihn zu halten, die wir nicht, wie jene, den Buchstaben des Gesetzes wider uns haben?

[69]) Das Gegentheil muß Randa überall dort behaupten, wo er echte Tradition annimmt, während in der That symbolische vorliegt: wenn mir also der Nichteigenthümer eine Partie Waaren am dritten Ort durch Schlüsselübergabe tradirt, so besitze ich durch die Schlüssel die Waaren, kann somit, indem ich erstere 3 Jahre bona fide in der Tasche herumtrage (nach Randa's Meinung) die Waaren, die ich vielleicht im Leben nie gesehen habe, ersitzen. — Die herrschende Meinung geht noch weiter; sie läßt durch symb. Tradition auf Seite des Empfängers sogar diejenigen obligatorischen Wirkungen eintreten, welche mit der Detention der Sache verbunden sind: so soll der Verwahrungsvertrag durch Uebergabe der Symbole perfekt werden; man wird also aus der Annahme von Urkunden oder Werkzeugen zur Restitution von Sachen verpflichtet, die man in der That nicht erhalten hat! (Entsch. d. Ob. Ghfs. Ger.-Ztg. 1852. Nr. 60, 61.)

[70]) Für Immobilien hat das Institut der Ingrossation die obige Regel bekanntlich zur Ausnahme gemacht.

[71]) Das österr. Recht hält hiemit eine Mittelposition zwischen dem spätrömischen und französischen Recht; während ersteres zum Rechtserwerb hier stets Tra-

tragung ist nämlich nach österreichischem nicht mehr, wie nach römischem Recht, die einzig mögliche Form des Eigenthums-Vertrags; es kann sich der animus dominii transferendi auch in gewissen andern äußeren Handlungen verkörpern, die nicht den Zweck und die Kraft haben Besitz zu übertragen; und doch machen auch sie kraft rechtlicher Vorschrift diesen Willen dinglich wirksam, sie vermitteln den Rechtserwerb nicht durch Tradition, aber wie Tradition. Die „Uebergabe durch Zeichen" ist kein Besitzakt, mithin keine Tradition, sondern sie steht neben der Tradition als eine Gruppe von Rechtsformen, welche denselben juristischen Zweck mit andern Mitteln erreichen. —

Diese Mittel sind die in §. 427 bestimmten „Zeichen" der Uebergabe: sie bestehen entweder in der Tradition von „Symbolen", d. h. Sachen, die kraft gesetzlicher Anordnung geeignet sind eine andere Sache mit der Wirkung zu repräsentiren, daß mit der Uebergabe jener nach dem Willen der Kontrahenten auch diese für tradirt gehalten wird, oder in der Anbringung von „Merkmalen" an dem Vertragsobjekt selbst,[72]) welche geeignet sind die Aufmerksamkeit Dritter auf die geschehene Rechtsübertragung[73]) zu lenken, und dadurch dieser einen gewissen Grad von Publizität zu verleihen.

Als Symbole in diesem Sinn werden vom Gesetz gewisse „Werkzeuge" und „Urkunden" bezeichnet; unter ersteren sind solche Sachen

---

dition verlangt, letzteres aber (C. civ. a. 711, 938, 1138, 1583) auf jede Form verzichtet, erfordert das a. b. Gb. zwar stets eine Form, aber nicht immer gerade die der Besitzübertragung.

[72]) „indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet" (§. 427). Es genügt also nicht jede beliebige Handlung der Kontrahenten, „woraus Jedermann die Verpfändung leicht ersehen kann" (z. B. Inserat in der Zeitung), um das Pfandrecht zu erzeugen, sondern nur die so beschaffene Signirung; jener Satz des §. 452 will durch §. 427 erklärt und beschränkt sein. Unrichtig ist daher die Annahme der 2. Instanz in dem Oesterr. Gerichts-Ztg. 1852. Nr. 45 mitgetheilten Rechtsfall, wonach der Legatar ein ihm noch nicht eingeantwortetes Vermächtnißstück dadurch giltig verpfänden könnte, daß er eine dießbezügliche Anmerkung in dem Verlassenschaftsinventar oder dem Testament anbringen läßt.

[73]) Nippel III. S. 461. — An wen diese Rechtsübertragung erfolgt ist, braucht nicht ersichtlich zu sein („einem Andern" §. 427), es genügt also z. B. die Aufschrift: „verpfändet", oder die Bezeichnung des Empfängers durch Chiffern, die sich von denen des Gebers unterscheiden.

zu verstehen, die ihrer Natur nach dazu bestimmt sind dem Geber die Innehabung des Traditionsobjekts zu sichern, deren Besitz also für den Nehmer die Ergreifung derselben ermöglichen soll.[74]) Was letztere anbelangt, so setzt sich die oben erwähnte ältere Kontroverse unter den österreichischen Schriftstellern fort, indem darüber gestritten wird, ob unter dem „Eigenthum", welches jede als Symbol brauchbare Urkunde darthun soll, das Eigenthum des Gebers oder das eben durch die Uebergabe erst zu begründende Recht des Nehmers zu verstehen sei.[75])

[74]) Es liegt der gesetzlichen Bestimmung, welche der Uebergabe von derlei Werkzeugen die Wirkung der Tradition beilegt, der richtige Gedanke zu Grunde, daß es durch die Einhändigung dieser Gegenstände allerdings in der Regel für die Kontrahenten selbst, wie für Dritte, unzweifelhaft wird, daß ihr Wille auf sofortige Einräumung eines dinglichen Rechts geht, ihr Vertrag also ein dinglicher ist; darum verlangt das Gesetz mit Recht jene enge Beziehung des Symbols zur Innehabung der Traditionssache, denn auf dieser Beziehung beruht die Richtigkeit des Schlusses, daß, wer das Symbol gegeben hat, damit zugleich die Sache selbst geben wollte. (Wenn mir Jemand ein Pferd sammt Geschirr verkauft hat und mir den Schlüssel zum Stall, worin sich beides befindet, übergibt, so ist dadurch sein Wille den Vertrag hiemit zu erfüllen, also mir sofort das Eigenthum des Pferdes zuzuwenden, manifestirt; nicht dasselbe aber läßt sich behaupten, wenn er mir lediglich den gerade gegenwärtigen Zaum oder Sattel des Pferdes übergeben hat, — er hat im Zweifel nicht mehr gewollt, als er eben gethan hat, nämlich mir vorerst nur an dem vorliegenden Stück Geschirr das Eigenthum zu bestellen — und es ist daher kein innerer Grund vorhanden auch hierin mit Maskard symbolische Uebergabe des Pferdes anzunehmen.) — Daraus aber, daß die Uebergabe des Symbols lediglich subjektiv, nämlich in so fern sie als plastischer Ausdruck eines gewissen Willens genommen werden muß, in Betracht kommt, scheint mir hervorzugehen: 1) daß die Giltigkeit der symb. Tradition bei dieser Form nicht davon abhängt, ob das übergebene Werkzeug in concreto auch tauglich war seinen Beruf als Werkzeug zu erfüllen, wenn es nur seiner Art nach den obigen Erfordernissen (§. 427) entspricht (z. B. der Schlüssel zu dem Behältniß, welches das Traditionsobjekt enthält, der dasselbe aber nicht aufschließt, weil er selbst oder das Schloß im Moment der Uebergabe schadhaft ist); — 2) daß auch ein Irrthum über die Identität des Symbols die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht alterirt. (Wenn z. B. Jemand dem Käufer seiner Weinvorräthe anstatt des Kellerschlüssels irrthümlich den Stallschlüssel übergibt, so hat dieser m. E. nichtsdestoweniger das Eigenthum des Weins durch symb. Tradition erworben.)

[75]) Für erstere Meinung Nippel, Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit 1826, II. S. 106 f., Comment. III. S. 370 f., Ellinger S. 169, Stubenrauch I. S. 811, Randa S. 126 f., wohl auch Zeiller II. S. 223. Dagegen Wini-

Gewiß ist dieser Streit in sofern zu Gunsten der ersteren, von der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller vertheidigten Meinung zu entscheiden, als die betreffenden Urkunden jedenfalls ein Verhältniß des Gebers zu der Sache, über welche das Geschäft der symbolischen Tradition geschlossen wird, darthun müssen; allein es entsteht die weitere Frage, welcher Art dieses Verhältniß sein müsse? und hierüber scheint die herrschende Meinung sich nicht klar geworden zu sein,[76]) da die einzelnen Vertreter derselben, so einhellig sie auch über den obigen Satz in abstracto sind, in der konkreten Anwendung desselben so weit auseinander gehen. Einerseits nämlich klammert man sich an den gesetzlichen Ausdruck „Eigenthum" (§. 427), erklärt nur solche Urkunden als zur symbolischen Tradition brauchbar, welche beweisen, daß der Uebergeber Eigenthümer der betreffenden Sache sei, und schränkt damit den Kreis der Anwendbarkeit dieser Form der symbolischen Tradition auf ein Minimum ein;[77]) denn in den allerseltensten Fällen wird der Uebergeber im Besitz einer Urkunde sein, die für sich allein schon den bekanntlich sehr schwierigen Eigenthumsbeweis herzustellen vermöchte. Andererseits läßt die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller[78]) symbolische Tradition auch durch Urkundenarten zu, die, wie Depositenscheine, Frachtbriefe, Verkaufsrechnungen u. a., ein dingliches Recht des Uebergebers auf die darin bezeichneten Sachen keineswegs darzuthun vermögen, und verwirft damit implicite die obige strenge Auslegung der gesetzlichen Worte „wodurch das Eigenthum dargethan wird"; aber es wird von den Vertretern dieser letzteren

---

warter II. S. 200, Fischer in der angef. Zeitschr. 1827, II. S. 312 f. (der jedoch fast ausschließlich den gar nicht hieher gehörigen Fall der Cession durch Uebergabe des Schuldscheines in's Auge faßt). Ueber die älteren Schriftsteller s. oben N. 14, 15.

[76]) Dieß gilt von allen oben angeführten Schriftstellern, ausgenommen Randa, der seine (m. E. ganz irrige) Auffassung klar formulirt und konsequent durchgeführt hat.

[77]) Dieß ist die (mit der ganzen bisherigen Theorie und Praxis im Widerspruch stehende) Meinung Randa's, zu welcher derselbe nicht sowohl durch allzuängstliches Festhalten am Buchstaben des Gesetzes bestimmt worden zu sein scheint, als durch sein Bestreben, die symb. Tradition bis auf einen möglichst kleinen Rest aus dem österr. Recht hinauszuargumentiren.

[78]) Vgl. die oben Note 75 citirten.

Meinung, welche die herrschende und gewiß richtige ist, weder der Versuch gemacht jene offenbar zu enge Interpretation durch eine bestimmte andere zu ersetzen, noch herrscht über die einzelnen Fälle selbst volle Uebereinstimmung.[79])

Wir gehen bei Beantwortung der obigen Frage von der dogmengeschichtlichen Thatsache aus, daß man zu keiner Zeit, seit die symbolische Uebergabe durch Urkundentradition anerkannt war, die Anwendbarkeit derselben auf die Fälle beschränkt hat, wo die Urkunde eine dingliche Berechtigung des Gebers ausweist. Die ältere gemeinrechtliche Theorie und Praxis[80]) hatte vielmehr gerade diejenigen Urkunden zunächst im Auge, welche den Erwerbstitel des Tradenten,[81]) also dessen obligatorische Berechtigung gegenüber einem Dritten auf Gewährung der Sache bezeugen; und ebenso hat man in Oesterreich von jeher für Rechtens gehalten, daß solche Dokumente zur Bewerkstelligung der symbolischen Tradition tauglich seien.[82]) Aber nicht bloß den „Erwerbstiteln", mittelst welcher ein Dritter sein Recht auf die Sache dem Geber übertragen zu wollen erklärt, hat man diese Fähigkeit immer zuerkannt, sondern auch solchen Urkunden, aus welchen lediglich eine obligatorische Pflicht des Ersteren zur Restitution der Innehabung an den Letzteren ersichtlich ist, wobei es gänzlich dahingestellt bleibt, ob überhaupt einer der Kontrahenten ein dingliches Recht auf die Sache habe[83]) —

---

[79]) So lassen Zeiller und Ellinger a. a. O. ausdrücklich den Frachtbrief als Symbol der Waare zu; dagegen aber Stubenrauch, S. 812 Note *), „weil diese Urkunde zwar den Namen des Empfängers, keineswegs aber einen Beweis über dessen Eigenthum" enthalte — und doch erkennt derselbe Schriftsteller u. A. „saldirte Verkaufsrechnungen" als vollkommen taugliche Symbole an. Darüber s. auch Randa a. a. O. Note 57.

[80]) Vgl. oben Note 14.

[81]) Schon die klassische Stelle (L. 1. C. de donat.) handelt ja von der Uebergabe der instrumenta *emtionum*, also von Urkunden, die nicht das Eigenthum, sondern nur ex emtione erworbene persönliche Rechte beweisen.

[82]) Schon Zeiller II. S. 223 nennt als Beispiel „Verträge".

[83]) z. B. Depositenscheine, Frachtbriefe u. s. w. Vgl. die oben cit. Commentatoren. Im Einklang mit ihnen ist die österr. Praxis, welche mit der Uebergabe von derlei Papieren stets den Eigenthumsübergang als vollzogen anerkennt. Siehe z. B. rücksichtlich der Frachtbriefe und der Fakturen die oberstgerichtl. Entscheidungen in der österr. Gerichtszeitg. 1856. Nr. 58, 139.

Urkunden also, welche, weit entfernt ein dingliches Recht des Gebers zu beweisen, nicht einmal eine Forderung desselben auf Bestellung eines solchen (auf dare), sondern nur auf ein facere des andern Kontrahenten rücksichtlich der Sache darzuthun im Stande sind. Dem gegenüber kann die oben zuerst genannte strikte Interpretation der hier einschlagenden Gesetzesstelle[84]) und die darauf beruhende Ansicht Randa's nicht gehalten werden; sie hat nichts für sich, als das in unserem Gesetzbuch bekanntlich oft in ganz uneigentlichem Sinn gebrauchte Wort „Eigenthum"[85]) und steht im Widerspruch mit dem in Oesterreich wirklich geltenden, von Theorie und Praxis gleichmäßig anerkannten Recht, von welchem wir als dem Gegebenen ausgehen müssen.

In der That also reicht der Kreis der Urkunden, welche nach österreichischem Recht als „signa rem repraesentantia" erscheinen und somit fähig sind eine symbolische Uebergabe zu vermitteln, wie die obigen Beispiele zeigen, viel weiter als der Wortlaut des §. 427 auf den ersten Blick angibt, und es handelt sich, wenn man nicht, wie die bisherigen österreichischen Schriftsteller, bei Beispielen stehen bleiben will, darum einen inneren Anhaltspunkt zu finden, wonach im einzelnen Fall entschieden werden muß, welche Urkunden innerhalb, welche außerhalb dieses Kreises fallen. Darüber nun läßt sich, wie ich glaube, aus der Natur der von unserer Theorie und Praxis unzweifelhaft hierher bezogenen Fälle Folgendes im Allgemeinen feststellen.

Die fragliche Qualität einer gegebenen Urkunde ist immer dadurch bedingt, daß sie ein gewisses rechtliches Verhältniß zwischen dem Traditionsobjekt[86]) und der Person des Uebergebers dokumentire, und zwar

---

[84]) §. 427 verb. „wodurch das Eigenthum ..."

[85]) Gerade Randa hatte am wenigsten Veranlassung die technische Bedeutung dieses Wortes hier zu urgiren, da er selbst (a. a. O. Note 46) mit Recht hervorhebt, daß dasselbe in dem nämlichen §. 427 „im vulgären Sinn" gebraucht sei, insofern es sich auch auf die „Schuldforderungen" beziebt. — Auch das Preuß. L.-Rt. verlangt zur symbolischen Tradition die Ausantwortung der „das Eigenthum begründenden Urkunden", begreift aber darunter ausdrücklich u. a. die in den Händen des Gebers befindlichen „Kontrakte" und bei in öffentlichen Niederlagen deponirten Waaren „den über geschehene Ablieferung erhaltenen Schein" (I. 20. §. 358, 349).

[86]) Also derjenigen Sache, die durch die symb. Tradition übereignet werden soll.

ein Verhältniß, kraft dessen dieser zum Haben der Sache, oder zum Erlangen derselben, falls sie sich in den Händen eines bestimmten Dritten befindet, rechtlich legitimirt erscheint; dieses Verhältniß muß nicht nothwendig ein dingliches, es kann ebensowohl ein bloß obligatorisches sein — also primär ein Verhältniß des Gebers zu einer dritten Person, und erst mittelbar auch zu der Sache selbst, — vorausgesetzt, daß er aus demselben berechtigt ist diese Sache von dem Dritten zu haben, oder deren Ausfolgung von ihm zu begehren. Die Urkunde, welche über ein solches Verhältniß Beweis macht, erhält dadurch selbst eine Beziehung auf die in Rede stehende Sache, indem sie in den Händen des Berechtigten das juristische Mittel ist, um die Innehabung derselben zu vertheidigen resp. zu erlangen;[87]) und diese Beziehung zu dem Objekt des beabsichtigten dinglichen Vertrags[87a]) eben bildet das charakteristische Merkmal derjenigen Urkunden, durch deren Tradition eine symbolische Uebergabe vollzogen werden kann.

Unter diese der Natur der Sache nach sehr allgemeine Charakteristik fallen zahlreiche Urkunden an sich ganz verschiedener Natur, die sich ihrer Art nach[88]) in drei Hauptgruppen zusammenfassen lassen; es gehören nämlich hierher:

1) Urkunden, welche den Beweis enthalten, daß der Geber Eigenthümer der betreffenden Sache geworden sei;[89]) also alle beweiskräf-

---

[87]) So ist z. B. der Konto über eine gekaufte Sache Vertheidigungsmittel nicht nur gegenüber dem Verkäufer selbst, sondern unter Umständen auch gegen dingliche Ansprüche Dritter (§. 367, 456), der Versatzzettel über verpfändete Gegenstände die juristische Handhabe, um die Detention derselben wieder zu erlangen u. s. w.

[87a]) Vgl. oben Note 74. — Daß es hier vor Allem auf eine solche Beziehung zur Traditionssache ankommt, vermöge welcher diese durch die Urkunde gleichsam dargestellt wird, hat bereits Donellus erkannt, indem er von der Tradition durch Einhändigung der Kaufbriefe sagt: habet autem haec species rei transferendae hanc rationem, quod *videri possit contineri instrumentis res ipsa* cujus emtio velut auctoritas instrumentis continetur" (l. c. V. 9).

[88]) Eine in's Einzelne gehende erschöpfende Casuistik derselben ist ebenso überflüßig als unmöglich, da der lebendige Verkehr täglich neue Formen erzeugt, die doch nur durch ein allgemeines Prinzip juristisch beherrscht werden können.

[89]) Der Beweis, daß er auch im Moment der symb. Tradition noch Eigenthümer sei, wird aus derlei Urkunden in der Regel nicht hervorgehen, ist aber hier ebensowenig erforderlich, als im Eigenthumsprozeß.

tigen Dokumente über den fehlerfreien originären[90]) oder abgeleiteten Eigenthumserwerb des Gebers; im letztern Fall freilich nur, wenn sie zugleich das Eigenthum des Auktors,[91]) oder aber Thatsachen darzuthun im Stande sind, welche die Rechtsbeständigkeit jenes Erwerbs von demselben unabhängig machen.[92])

2) Die s. g. Erwerbstitel, oder Dokumente über ein Rechtsverhältniß, auf Grund dessen der Geber den rechtmäßigen Besitz der Sache erworben hat,[93]) oder dessen Einräumung zu verlangen befugt ist.[94])

---

[90]) z. B. öffentliche Urkunden, welche dem Geber bezeugen, daß er die vorher herrenlose Sache rechtmäßig okkupirt habe.

[91]) Wie z. B. die im Rhedereiverkehr vorkommende s. g. „Eigenthumsakte" (s. darüber Goldschmidt's Zeitschr. f. das ges. Handelsrecht, Bd. III. S. 193 f.), eine Urkunde, aus welcher erhellt, daß der Erbauer des Schiffes (Spezifikant) einen ideellen Theil desselben an den N. N. eigenthümlich überlassen hat. Vgl. Seuffert, Arch. VIII. 111. X. 232.

[92]) Hierher gehören die Urkunden, welche beweisen, daß die Sache dem Geber in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem befugten Gewerbsmann u. s. w. (§. 367, 824) verkauft und tradirt sei. — Dieß übersieht Randa, wenn er (S. 127) behauptet: „abgesehen von dem Falle gerichtlicher Adjudikationsinstrumente wird nicht häufig bloß durch Urkunden Eigenthum darzuthun möglich sein, da immer auch das Eigenthum des Vormanns zu beweisen ist." Gerade die Adjudikationsinstrumente aber gehören nicht hieher, da die Adjudikation nur unter den Parteien wirkt, daher auch an die eine derselben das Eigenthum der Sache nicht schlechthin, sondern nur unter der Voraussetzung übertragen kann, daß dasselbe nicht einem Dritten zusteht (vgl. L. 17. D. usucap.: si per errorem de *alienis* fundis, quasi de communibus, judicio communi dividundo accepto, ex adjudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum, cf. L. 7. pr. D. de Publ. act.); die betreffende Urkunde beweist also für sich allein das Eigenthum an der zugetheilten Sache nicht, sondern es bedarf dazu noch weiter des Nachweises, daß diese im Zeitpunkt der Adjudikation der Gegenpartei oder beiden Parteien gemeinsam gehört habe.

[93]) z. B. der bezügliche Kauf- oder Schenkungsvertrag, die gerichtliche Adjudikations- oder Einantwortungsurkunde u. a. m.

[94]) Der Umstand, daß der auf den „Titel" (§. 424) zu gründende Erwerb noch nicht vollzogen ist, ändert nichts an der rechtlichen Natur jener Urkunde, kann daher auch deren Qualität als mögliches Vehikel einer symb. Tradition nicht beeinträchtigen; dieß ist entscheidend für die Frage nach der Möglichkeit der Konvaleszenz einer durch Tradition der Erwerbstitel in einem Zeitpunkt vorgenommenen symb. Uebergabe, da der Geber selbst das Eigenthum der Traditionssache noch nicht erworben hatte; vgl. darüber unten VIII. Abs. 2.

3) Endlich auch alle die oben bereits im Allgemeinen charakterisirten Urkunden, aus welchen wenigstens das Eine hervorgeht, daß ein dritter Inhaber der Sache zur Herausgabe derselben an den Geber verpflichtet ist; solche Dokumente erscheinen in den Händen des Letzteren, weil sie ihm die Restitution der Sache eventuell rechtlich zu erzwingen bestimmt sind, gleichsam als die juristischen Schlüssel zur Innehabung derselben, und ihre Verwendung zur symbolischen Tradition bietet in sofern eine Analogie zu dem oben besprochenen Fall der Eigenthumsübertragung durch Uebergabe der „Werkzeuge". Wie wir nun dort angenommen haben,[95]) daß die Rechtsgiltigkeit des Aktes keineswegs bedingt ist durch die Tauglichkeit jener Werkzeuge in dem Sinn, daß im gegebenen Fall der Nehmer durch den Empfang derselben stets auch thatsächlich in den Stand gesetzt werde sich die Detention der übergebenen Sache zu verschaffen, so müssen wir hier aus demselben Gesichtspunkt die entsprechende Behauptung festhalten: durch den Empfang einer Urkunde der angegebenen Art sieht sich der Nehmer gleichwohl nicht unter allen Umständen in der Lage gegen den dritten Inhaber der Sache die Restitution derselben rechtlich durchsetzen zu können,[95a]) — er erscheint diesem gegenüber regelmäßig[96]) zunächst nur als Cessionar,[97]) kann daher mit seinem Begehren durch Einwendungen aus der Person des Gebers[98]) zurückgewiesen wer-

---

[95]) Oben Note 57, 74.

[95a]) Diese Unmöglichkeit ist dann vorhanden, wenn er mit der Vindikation wegen Unerbringlichkeit des hiezu erforderlichen Beweises (N. 99) nicht durchdringen kann, der persönlichen Klage aber gegründete Einwendungen (N. 98) entgegenstehen.

[96]) S. Note 99.

[97]) Die in Rede stehende Form der symb. Tradition enthält der Natur des Geschäfts nach immer zugleich Cession der obligatorischen Ansprüche des Gebers gegen den dritten Inhaber der Sache; der Nehmer wird daher gegen diesen in der Regel nicht als Vindikant, sondern als Gläubiger auftreten, in welcher Eigenschaft er lediglich die im bezüglichen Sinn erfolgte Abtretung (die causa, auf Grund deren die Uebergabe des Papiers als Cession erscheint), oder, wenn dieses auf den Inhaber lautet, nur den Besitz desselben (§. 1393) zu beweisen hat.

[98]) z. B. durch die Einwendung, daß dieser rechtlich verbunden sei, die Sache ihm, dem Inhaber, noch eine Zeit lang zu belassen, oder die Einwendung der bereits erfüllten Verpflichtung, wenn er dieselbe dem Geber bereits zurückgestellt hatte, bevor er von der geschehenen Abtretung Kenntniß erhielt (§. 1395).

den,[98a]) — nichtsdestoweniger aber ist er durch jenen Akt auch in diesem Fall Eigenthümer geworden;[99]) denn es entscheidet über die rechtliche Wirksamkeit einer symbolischen Tradition durch Urkunden nicht minder, als durch Werkzeuge, soweit es dabei auf die Qualität dieser Symbole ankommt, lediglich deren allgemeine Natur und Bestimmung ohne Rücksicht auf die spezielle Beschaffenheit des konkreten Falles.[100]) — Die unter diese letzte Gruppe fallenden Urkunden sind so mannigfaltiger Art, als die Rechtsverhältnisse, aus denen die Verpflichtung zur Restitution einer Sache direkt, wie beim Depositum, Prekarium, Kommodat, oder indirekt entspringt, wie bei allen Formen der locatio conductio rei; beispielsweise seien hier genannt: Depositenscheine (öffentliche wie private), Versatzzettel, Handwerkerzeichen,[101]) Zoll- und Mauthbolleten,[102]) Gepäcksscheine,[103]) Frachtbriefe, Connossemente. —

Für das heutige gemeine Recht, welches ja das Institut der symbolischen Tradition überhaupt verwirft, sind die erörterten Formen derselben ohne jede Bedeutung. Nur die zuletzt beispielsweise genannte,

---

[98a]) Insofern nicht durch die Natur der vorliegenden Urkunde diese Einreden ausgeschlossen sind, was namentlich bei Inhaberpapieren der Fall ist.

[99]) Er hat daher allerdings auch das Recht sich auf die symb. Tradition als Eigenthumsakt zu berufen und dem dritten Inhaber der Sache, wie dem Geber selbst gegenüber als Eigenthümer klagend aufzutreten; doch bedarf es hiezu des Beweises, nicht nur daß die Tradition der Urkunde in der Absicht geschehen sei, um dadurch das Eigenthum der vorliegenden Sache zu übertragen, sondern auch, daß dieses Eigenthum im Moment jener Tradition dem Geber selbst zustand. (S. aber auch unten VIII. bei Note 15 f.)

[100]) Vgl. oben Note 57.

[101]) Die „Zeichen" nämlich, welche von Gewerbtreibenden bei Uebernahme fremder Sachen (zur Reparatur u. s. w.) dem Ueberbringer als Bestätigung des Empfangs und Legitimation zur Rückforderung eingehändigt werden; ebenso gehören hierher die an öffentlichen Vergnügungsorten gebrauchten Garderobenummern u. dgl. m.

[102]) Vgl. Pr. L.-Rt. I. 20. §. 349.

[103]) Wenn daher ein Passagier während der Fahrt seinen Reisekoffer verkauft und den darüber empfangenen Gepäcksschein dem Käufer tradirt, so wird letzterer dadurch nach österr. Recht sofort Eigenthümer und trägt von diesem Moment an (§. 1064, 1311) die Gefahr der Sache; er wäre also zur Zahlung des Kaufpreises nichts destoweniger verpflichtet, wenn etwa ein hinterher stattgehabter Eisenbahnunfall den Untergang jenes Koffers nach sich gezogen hätte.

das Connossement, hat noch heute eine eigenthümliche, wenn auch vielbestrittene Bedeutung für die Lehre vom Erwerb dinglicher Rechte. Auf die Frage nach der rechtlichen Natur des Connossementgeschäfts nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts müssen wir daher hier schließlich noch eingehen, um das wahre Verhältniß desselben zur Tradition festzustellen.

Die juristische Konstruktion der durch Uebergabe des Connossements erzeugten Rechtswirkungen gehört auf dem Boden des gemeinen Rechts bekanntlich zu den streitigsten Fragen.[104]) Ihre Lösung wird namentlich dadurch eine so schwierige, daß über den Umfang dieser Wirkungen selbst, also über das Material der zu führenden Konstruktion keineswegs Uebereinstimmung herrscht.

Die ältere vor wenig Dezennien noch herrschende, jetzt aber überwiegend zurückgedrängte Meinung ging davon aus,[105]) daß der Destinatar durch Empfang des Connossements — wenn die Absicht der Parteien darauf gerichtet war[106]) — das Eigenthum der verfrachteten Waare erwirbt; und diesen gegebenen Eigenthumserwerb suchte man durch verschiedene Auffassungen mit den Grundsätzen des römischen Rechts in Einklang zu bringen, die alle darin übereinkommen, daß sie den Eigenthumsübergang auf Besitzerwerb gründen, also das Rechtsgeschäft der Connossementsübermittlung als Tradition konstruiren. Im Einzelnen werden hier folgende Wendungen versucht:

a) Der Schiffer, indem er die zu übersendende Waare übernimmt, fungire als Stellvertreter des Destinatars und erwerbe daher diesem, sei es als Mandatar oder als negotiorum gestor, Besitz und Eigen-

---

[104]) Die umfangreiche ältere Literatur findet sich zusammengestellt bei Wilda im Rechtslex. II. S. 31 f.; auch bei Gesterding, Irrthümer S. 227, 228. Dazu aus neuerer Zeit Ihering, Jahrb. f. Dogm. I. S. 176 f., Zimmermann, Zeitschr. für Civil-Rt. und Prozeß XV. S. 117 f., Laband, Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. XIX. S. 121 f., Thöl, Handelsrecht §. 80, Gerber, D. Privatr. §. 184, Bluntschli II. §. 120, Endemann, Handelsrecht §. 78, Beseler, D. Privatrecht §. 255.

[105]) S. die bei Thöl N. 13 angef. Schriftsteller.

[106]) d. h. wenn die Waaren dem Destinatar zu dem Zweck übersendet wurden, damit er sie als Eigenthümer, nicht etwa bloß als Kommissionär, Depositar u. s. w. habe.

thum derselben. Dieß würde nun aber zum mindesten voraussetzen, daß der Schiffer den Willen habe für den Destinatar Besitz zu ergreifen, was zwar der Fall sein kann, in der That aber in den weitaus meisten Fällen nicht zutrifft,[107]) da der Schiffer regelmäßig zu dem ihm unbekannten Destinatar in keinem Rechtsverhältniß steht, welches diesen Vertretungswillen motivirte, ja nicht einmal davon unterrichtet ist, ob die verfrachtete Waare bestimmt ist in das Eigenthum desselben überzugehen. Trifft aber die obige Voraussetzung in einem gegebenen Fall doch ein, so geht der Eigenthumserwerb an den Destinatar nicht erst im Moment des Connossement-Empfangs, sondern sofort mit der Einhändigung der Waare an den Schiffer vor sich, ist demnach nicht Rechtswirkung des Connossements, sondern dieser Tradition.[108])

b) Der Absender setze den Besitz der Waare durch den Schiffer fort; indem er aber ein Connossement ausstellt, erkläre er dadurch seinen Willen dieselbe fortan nicht mehr im eigenen Namen, sondern für den Destinatar resp. dessen Giraten besitzen zu wollen, es vollziehe sich also in der Uebermittlung des diesen Willen manifestirenden Papiers ein constitutum.[108a]) Allein es läßt sich hier so wenig wie oben im Allgemeinen behaupten, daß der Absender wirklich dieses Willens sei,[109]) und noch weniger, daß eine Erklärung desselben im Connossement selbst liege; denn dieses letztere lautet ganz gleich, mag es an den Destinatar als designirten Eigenthümer, oder Kommissionär, Depositar, Pfandnehmer u. s. w. gerichtet sein. Das behauptete constitutum müßte daher aus andern Umständen erwiesen werden, und wo ein solches in der That vorliegt, gründet sich der Besitz- und Eigenthumserwerb des Destinatars eben auf dieses, ohne Rücksicht darauf, ob außerdem ein Connossement übersendet wurde oder nicht; von derlei Fällen aber ist hier nicht die Rede.

c) Mit Empfang des Connossements erlange der Destinatar von selbst auch den Besitz der Waare, indem er durch dasselbe berechtigt

[107]) Dieß hat schon Gesterding a. a. O. S. 226 energisch betont.

[108]) Der Fall gehört also gar nicht hierher. Gerber R. 9.

[108a]) S. z. B. das von Beseler, Zeitschr. f. deutsch. Rt. IX. S. 487 f. mitgetheilte, sorgfältig motivirte Urtheil des Ober-Appell.-Ger. Rostock vom 27. Jan. 1845.

[109]) Mit Recht wirft Ihering a. a. O. S. 179 dieser Auffassung vor, daß sie „ein leeres Spiel mit dem Besitzwillen" treibe.

werde nach seinem Belieben ausschließlich über diese zu verfügen; die Uebersendung des Connossements sei daher unmittelbare Tradition, der Uebergabe durch Einhändigung der Schlüssel vergleichbar, denn wie diese den versperrten Kasten, so öffne jenes gleichsam den geschlossenen Raum des Schiffes, da es den Schiffer zur Herausgabe des Inhaltes zwingt.[110]) Diese Auffassung steht im Widerspruch mit der Natur des Besitzes: nicht dadurch wird man Besitzer, daß man rechtlich befugt ist[111]) über eine Sache nach Belieben zu verfügen, sondern dadurch, daß man hiezu thatsächlich die Macht erhält. Zwar haben auch wir die Analogie betont, welche zwischen gewissen Arten von Rechtsurkunden und jenen natürlichen Werkzeugen besteht, und erstere darum bildlich als „juristische Schlüssel" bezeichnet, aber eben weil dieselben nur „rechtliche" Werkzeuge sind, können sie uns unter Umständen wohl eine rechtliche, niemals aber die faktische Macht über die Sache gewähren.

d) Das Connossement sei das Symbol der Waare, die Uebergabe desselben begründe als symbolische Tradition für den Empfänger Besitz und Eigenthum an derselben.[112]) Gegen diese Ansicht gilt, was oben im Allgemeinen gegen die juristische Möglichkeit der symbolischen Tradition als Form des Besitzerwerbs ausgeführt wurde.

All' dem gegenüber ist in neuerer Zeit die Ansicht vorherrschend geworden, daß das dingliche Recht auf die Waare stets erst mit der wirklichen Inbesitznahme derselben erworben werde, der Empfang des Connossements aber an sich nur im Stande sei dem Destinatar gewisse Ansprüche zu verleihen, deren Umfang sodann von den verschie-

---

[110]) Wilda S. 34. Doch geräth dieser Schriftsteller mit seiner eigenen Auffassung in Widerspruch, indem er gleichwohl (im Anschluß an die Ausführungen von Holtius und Elvers) den Schiffer als negotiorum gestor des Destinatars betrachtet, diesem also erst mittelbar durch jenen den Besitz erwerben läßt, während nach obiger Auffassung dieser Erwerb unmittelbar an den Empfänger der Papiere (Schlüssel) geknüpft gedacht werden müßte. Praktisch erweist sich dieser Unterschied darin, daß nach der letzteren Ansicht (c) der Besitz- und Eigenthumserwerb nicht vor dem Empfang des Connossements erfolgt, nach der ersteren (a) aber auf den Zeitpunkt der Frachtübergabe an den Schiffer zurückbezogen werden muß.

[111]) Vgl. was ich oben S. 113, 114 gegen denselben Irrthum Barons ausgeführt habe.

[112]) Pöhls Handelsrecht I. S. 181, Beseler, D. Privatrecht, 2. Aufl. S. 1044. N. 30.

denen Schriftstellern sehr verschieden begrenzt wird. Schon Gesterding hat die dinglich wirkende Kraft des Connossements lebhaft bekämpft[113]) und ist in dieser Richtung wohl am weitesten gegangen, indem er dasselbe lediglich als schriftlich gegebenes mandatum de exigendo betrachtet wissen will und dem Destinatar nicht einmal ein persönliches Klagerecht gegen den Schiffer zugesteht.[114]) Auch Bluntschli[115]) sieht im Connossement lediglich die „Legitimation des Käufers, um die Waare vom Schiffer zu beziehen", Thöl[116]) dagegen eine vom Schiffer im Voraus acceptirte Anweisung an den Destinatar, aus welcher sich für diesen eine direkte persönliche Klage auf Herausgabe der Waare gegen den Schiffer ergibt.

Scheinbar weit intensiver sind die Ansprüche, die Ihering nach seiner Auffassung des Verhältnisses dem Destinatar aus dem Empfang des Connossements erwachsen läßt. Ihering nämlich faßt die Uebersendung des Connossements als Cession, und zwar gleichzeitig der dem Absender aus dem Frachtvertrag gegen den Schiffer zustehenden Forderungsrechte und der ihm als Eigenthümer zustehenden rei vindicatio. Indossirung des Connossements sei weitere Cession dieser Ansprüche. Die übliche Ueberreichung Eines Exemplars an den Schiffer (cessus) habe die Bedeutung der Denunziation (d. h. nach derselben kann der Schiffer nur mehr an den Destinatar giltig abliefern), die hier der Cedent als Stellvertreter des Cessionars vornimmt. Es ergibt sich bei dieser Auffassung für den Connossementsinhaber eine doppelte Reihe von Rechtsansprüchen:[117]) einmal die obligatorischen gegen den Schiffer auf Auslieferung der Waare nach Maßgabe des Frachtvertrags, sodann die dingliche Klage gegen jeden Dritten, dem gegenüber sie dem Absender ipso jure zusteht. Diese fällt also weg sowohl dem

---

[113]) Vgl. auch Jacobsen, Seerecht (1815) S. 234 f.

[114]) „Alles, was durch die Uebersendung des Connossements bewirkt wird, ist in der That nichts als eine Anweisung, die Waaren, welche der s. g. Empfänger der Ladung vom Absender zu fordern hat, von dem Schiffer in Empfang zu nehmen und sie dann für sich zu behalten, dieß mandatum de exigendo gibt ihm kein Recht auf die Waare und auch kein Klagrecht gegen den Schiffer." a. a. O. S. 231, 232.

[115]) D. Privatrecht II. §. 120.

[116]) a. a. O. §. 80, Note 17a.

[117]) Ihering a. a. O. S. 185.

Absender (Eigenthümer) selbst, als dem Schiffer gegenüber, so lange dieser für jenen die Detention hält,[118]) da die rei vindicatio weder unmittelbar noch mittelbar gegen den Eigenthümer geht.[118a])

Gegen diese Konstruktion ist bereits von Laband[119]) mit Recht auf die formelle Natur des Connossements hingewiesen worden. Da die Cession ein formloser Vertrag ist, so müßte — wenn Iherings Auffassung die richtige wäre — durch jede formlose Verabredung zwischen Absender und Destinatar des Inhalts, daß jener diesem sowohl seine persönlichen Ansprüche gegen den Schiffer, als seine eventuelle Eigenthumsklage abtrete, unter gleichzeitiger Denunziation[120]) an den Schiffer, derselbe rechtliche Erfolg erzielt werden, wie durch Uebersendung eines Connossements. Dieß aber würde dem im heutigen Handelsverkehr unzweifelhaft anerkannten Grundsatz widersprechen, daß jene eigenthümlichen Rechtswirkungen eben nur mit der Uebergabe dieses Papiers, dessen Form durch Handelsgewohnheit bestimmt festgestellt ist, verbunden sind. Die wesentlich formelle Natur des Connossementgeschäfts wird also von Ihering ignorirt. Außerdem aber — und dieß scheint mir namentlich von entscheidender Bedeutung — muß der Ihering'schen Kon-

---

[118]) Cf. L. 2. C. ubi in rem actio ex. (3, 19), Vangerow I. S. 616.

[118a]) a. a. O. S. 110. Vgl. unten Note 129, 130.

[119]) a. a. O. S. 121 f. — Auch Zimmermann a. a. O. S. 117 f. bekämpft die Cessionstheorie; die Gründe aber, die er dagegen geltend macht: 1) der Inhalt der Urkunde selbst gewähre keinen Anhalt für die Annahme einer Cession, 2) es könne ein Klagrecht unmöglich cedirt werden, ehe es existent (actio nata) geworden, — sind nicht stichhaltig. S. Note 122.

[120]) Iherings Annahme, daß in der Ueberlassung eines Connossementexemplars an den Schiffer die (antizipirte) Denunziation der angeblichen Cession gefunden werden müsse, kann nur für Recta-Connossemente zugegeben werden. Denn ist das C. auf Ordre gestellt, so bedürfte es, um die Ihering'sche Auffassung zu halten, der weiteren, m. E. höchst bedenklichen Annahme, daß der Absender nicht nur als Vertreter des Destinatars seine Cession an diesen dem Schiffer denunzire, sondern überdieß auch als negotiorum gestor aller eventuellen Indossatare rücksichtlich aller auf Grund des Ordreconnossements etwa zu gewärtigenden Aftercessionen die Denunziation im Voraus vollziehe. Diese angenommene Denunziation kann übrigens nach Ihering nur auf die Cession der persönlichen Ansprüche des Absenders gegen den Schiffer bezogen werden, da eine solche rücksichtlich der dinglichen Klage von ihm nicht zugelassen wird (S. 113, 185). A. M. hierüber Bähr, Jahrb. f. Dogm. I. S. 444.

struktion entgegengehalten werden, daß ihr zufolge das Connossement in der That das nicht leisten würde, was es für den Güterverkehr leisten soll. Die wesentliche merkantile Bestimmung des ganzen Instituts liegt nämlich darin, daß dem Destinatar durch den Empfang des Papiers ein festes Recht auf die Waare gesichert werde, welches durch einseitige Disposition des Absenders nicht mehr alterirt werden kann; Ihering selbst hat dieß anerkannt, indem er als dessen Aufgabe „die Möglichkeit mit dem Connossement statt mit der Waare zu operiren, die reelle Uebertragung der Waare durch ein juristisches Mittel zu ersetzen" bezeichnet. (S. 186.) Diese Aufgabe aber wird durch das Connossement mit den Rechtswirkungen, die Ihering ihm zuerkennt, nicht erfüllt. Denn der Destinatar erhält aus der angenommenen Cession der rei vindicatio ein dingliches Klagerecht, das er zwar im eigenen Namen geltend zu machen befugt ist,[121]) welches aber in seiner Existenz bedingt ist durch den Bestand der r. vind. (directa) auf Seiten des Absenders: dasselbe kommt nicht früher zur Entstehung,[122]) als bis Letzterer aufgehört hat die Waare selbst oder durch einen Stellvertreter zu besitzen, und erlischt wieder, sobald er deren Besitz zurückerlangt, oder das Eigenthum daran verliert.[123]) Mithin erscheint der Absender durch die erfolgte Uebersendung des Connossements an der rechtsgiltigen Verfügung über das Eigenthum der Waare zu Gunsten Dritter durchaus nicht gehindert, und es gewährt der Besitz des Connossements in einem solchen Fall dem Destinatar keine weitere Hilfe, als den prekären Ersatzanspruch gegen den Schiffer; dem Absender, sowie dem dritten Eigenthümer der Waare gegenüber läßt das Connossement ihn schutzlos.[124]) — So schwindet die Intensität der Berech-

---

[121]) ... etiam eum, qui in rem actionem comparaverit, ... utiliter eam movere suo nomine conceditur. L. 9. C. de hered. v. act. vend. (4, 39).

[122]) Daß der dingliche Anspruch des Absenders (Cedenten) im Augenblick der Connossementsübertragung noch nicht existirt, stünde der Möglichkeit und Giltigkeit jener Cession keineswegs im Wege, wie Zimmermann S. 108 meint. Es würde hier eben die eventuelle Vindikation cedirt, was ebensowenig einem Anstand unterliegt, als die Cession bedingter Forderungen oder Verpfändung künftiger Vermögensstücke. L. 17, 19. D. her. vend. 18, 4, L. 9. C. quae res pignori 8, 17. Mühlenbruch, Cession S. 259 f., Windscheid, Pand. II. S. 245.

[123]) Ihering S. 110.

[124]) Seine dießfallsigen obligatorischen Ansprüche gegen den Absender fließen

tigung, wie sie aus der Annahme einer Cession der R. V. auf den ersten Blick für den Connossementempfänger sich zu ergeben schien, bei näherer Betrachtung auf ein Minimum zusammen: sie hat allein die relativ untergeordnete Bedeutung[125]) gegenüber einem dritten Besitzer der Waare, der diese weder im Namen des Absenders detinirt, noch selbst das Eigenthum daran erworben hat.

Dieß ändert sich freilich, wenn man, wie in neuerer Zeit von Mehreren geschieht,[126]) behauptet, die cedirte R. V. könne auch gegen den Eigenthümer selbst und seine Universal- und Singularsuccessoren wirksam durchgeführt werden. Dann hätte allerdings der Cessionar vom Augenblick der Cession, oder Denunziation[127]) ab ein festes, von der Willkühr des Eigenthümers (Cedenten) nicht weiter abhängiges Recht zur Verfolgung der Sache, und es wäre in sofern unserer obigen Anforderung genügt. Zugleich aber ist damit die Ihering'sche Auffassung, die zu so wesentlich verschiedenen Resultaten führt, aufgegeben, indem aus derselben lediglich der Gedanke der Cession herübergenommen, jedoch der Cession dinglicher Klagen überhaupt und somit auch der Uebergabe des Connossements eine weit intensivere juristische Wirkung beigelegt wird, als ihr Ihering zugestehen will.

Vorausgesetzt nun, es wäre jene Behauptung bezüglich der Tragweite einer cedirten R. V. richtig, so stünde dieser Konstruktion immer noch entgegen, was oben im Allgemeinen gegen die Cessionstheorie

---

nicht aus dem Connossement, sondern aus dem Rechtsverhältniß (Kauf), auf Grund dessen die Lieferung erfolgen sollte; sie werden illusorisch, wenn der vertragsbrüchige Connossementgeber insolvent ist.

[125]) Die praktisch wichtigsten Fälle, in denen der Connossementinhaber eines energischeren Anspruchs, als der obligatorische ist, bedarf, sind: Concurseröffnung über das Vermögen des Absenders vor Einlangen der Waare, — vertragswidrige anderweitige Veräußerung derselben durch den Absender, — Defraudation oder Verschleppung durch den Schiffer. Nur im letzten Fall ist dem Obigen zufolge die cedirte Vindikation anwendbar, die aber partikularrechtlich auch hier nach dem Grundsatz „Hand muß Hand wahren" regelmäßig entfallen muß.

[126]) Bekker, Jahrb. d. gem. Rechts IV. S. 207 f., Bähr, Jahrb. f. Dogm. I. S. 443 f., Zimmermann a. a. O. S. 109, Pagenstecher III. S. 38 und neuestens Windscheid, Pand. II. S. 250.

[127]) Wenn man nämlich hier Denunziation mit analoger Wirkung, wie bei Cessionen obligatorischer Ansprüche, zuläßt. Bekker S. 208, Bähr S. 444.

bemerkt wurde. Allein m. E. ist auch jene Voraussetzung nicht haltbar. Sie beruht auf einer unrichtigen Vorstellung sowohl über die Natur des Eigenthumsanspruchs, als der Cession; ersteres tritt namentlich hervor bei Pagenstecher, welcher meint: „Warum soll nicht der Eigenthümer seinen Ausfluß aus dem Eigenthum, sein Eigenthums-Klagrecht, wie ein dingliches Recht Dritten zu bestellen vermögen?" Darauf ist zu antworten: Die R. V. ist nicht ein Stück unserer Macht über die Sache, welches man etwa gleich dem Inhalt einer Servitut aus dem grünen Holz des Eigenthums herausschneiden und einem Dritten „wie ein dingliches Recht" einräumen kann, sondern der Eigenthumsanspruch ist das ganze Eigenthum selbst in seiner konkreten Richtung auf den besitzenden Nichteigenthümer; nur wenn und solange ein solcher dem Eigenthümer gegenübersteht, existirt das Eigenthumsrecht in dieser subjektiven Zuspitzung, gleichsam in der Form der Kriegsbereitschaft, als vindicatio. Durch Cession derselben überträgt man weder das dingliche Recht selbst, noch etwas dem Aehnliches, sondern es wird an den Cessionar lediglich die im eigenen Namen und für eigene Rechnung vorzunehmende ökonomische Verwerthung des vorhandenen Anspruchs überlassen. Dieser Anspruch aber fällt mit dem Eigenthumsrecht des Cedenten, als eine Phase dieses Rechts, nothwendig hinweg, unter Umständen auch ohne dasselbe:[128]) dann ist das Objekt der Cession untergegangen, es liegt nichts mehr zur Verwerthung vor, und das Recht des Cessionars auf dieselbe ist von selbst erloschen; ob, und welche Regreßansprüche ihm aber gegen den Cedenten hieraus erwachsen, hängt von der causa cessionis ab und beschäftigt uns hier nicht. — Dieß sind die Konsequenzen, die sich aus dem Wesen der Cession für unsern Fall ergeben; die obigen abweichenden Behauptungen statuiren ein demselben zuwiderlaufendes Dogma, welches aus den Quellen nicht bewiesen werden kann,[129]) und dessen innere juristische Begründung an und für sich

[128]) Wenn der Eigenthümer wieder Besitzer wird, oder die Eigenthumsklage verjährt.

[129]) Die einzige Stelle, welche man dafür anführt, ist L. 63. D. R. V. Si culpa, non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a judice, si desideret, ut adversarius actiones suas (actione sua) cedat; cum tamen praetor ei auxilium quandoque laturus sit,

quolibet alio possidente, nulla captione afficietur. *Ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adjuvari,* nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia judicis periculo judicati recepit, restituere. (Papinian.) Im ersten Theil der Stelle führt der Jurist an, daß der die litis aestimatio leistende Beklagte mit Recht die Abtretung der Klage vom Vindikanten verlangen könne, um sich mittelst derselben am dritten Besitzer schadlos zu halten. „Aber auch dann," heißt es weiter, „wenn der Vindikant selbst die Sache besitzt (d. h. wenn er den Besitz hinterher erlangt hat), soll Jenem geholfen werden" (debet adjuvari); und diese Hilfe besteht, wie sich aus dem Schlußsatz ergibt, regelmäßig darin, daß ihm die Sache selbst herausgegeben werden muß, unter Umständen (nec facile) aber auch in der Zurückzahlung der Aestimationssumme. Diese letztere Möglichkeit beweist schon, daß die cedirte Klage gegen den Eigenthümer nicht schlechthin wie gegen jeden dritten Besitzer wirkt; denn wäre dieß der Fall, so könnte von einer Abfertigung des Klägers mit der Aestimationssumme so wenig jemals die Rede sein, als der Kläger sich eine solche vom dritten Besitzer gefallen zu lassen braucht. Dasselbe scheint auch in der ganzen Gliederung unserer Stelle angedeutet: Papinian trägt dem siegenden Vindikanten die Abtretung seiner Klage an unseren Beklagten auf und findet dadurch diesen zunächst „jedem andern Besitzer" gegenüber vollständig gedeckt (quolibet alio possidente nulla captione afficietur); wäre unter diesem quilibet alius auch der Eigenthümer mitbegriffen, so wäre hiemit Alles in Ordnung, und es bedürfte nicht erst der weiteren Versicherung, die Papinian im zweiten Theil der Stelle hinzufügt, daß auch diesem gegenüber der Cessionar in Schutz genommen werden soll. Das „ipso quoque (domino) possidente debet adjuvari" ist nicht eine Konsequenz aus dem vorhergehenden allgemeinen Satz, sondern enthält ein weiteres Moment des rechtlichen Schutzes, nämlich auch gegen den Eigenthümer. Die prozessualische Verwirklichung dieses Schutzes ist im Sinn des klassischen Rechts so zu denken: Titius strengt die ihm in jenem früheren Vindikationsprozeß cedirte Publiciana gegen den nunmehr besitzenden Eigenthümer Mävius an; mit dieser Klage könnte er (nach unserer Voraussetzung) ipso jure nicht durchdringen, weil das Klagrecht erloschen ist seit M. wieder in den Besitz gelangte, allein im vorliegenden Fall liegen die Umstände so, daß es seitens des M. dolos erschiene, die einfache Abweisung des Klägers zu begehren. Denn die vorangegangene litis aestimatio hat die Natur einer entgeltlichen Veräußerung (transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit. L. 46. D. h. t.), und es ist unter allen Umständen Dolus, wenn nun der ehemalige Vindikant sowohl die Sache, als die dafür erhaltene Aestimationssumme behalten will. Es wird daher gegen die exceptio dominii (L. 16. D. Publ.) dem Kläger replicatio doli gegeben, d. h. der Beklagte kann sich nur dadurch der Verurtheilung entziehen, daß er an den Kläger leistet, was er nach dem Ermessen des Richters leisten muß, um den Vorwurf des Dolus von sich abzuwälzen. Diesem richterlichen Ermessen nun gibt Papinian den Wink: non facile audiendus erit etc., der Richter wird nämlich zu erwägen haben, daß Titius

sehr zweifelhaft ist.[130]) Denn warum soll die Eigenthumsklage in der Hand des Cessionars ein zäheres Leben haben, als in der des Eigen-

seinerzeit den Preis nicht freiwillig, sondern periculo judicati gezahlt hat, und soll daher eher geneigt sein, die diesem günstigere Alternative wählend den M. zur Herausgabe der Sache anzuhalten; (hiebei muß außerdem in Berücksichtigung kommen, daß Letzterer bei Empfang der Aestimationssumme regelmäßig versprochen haben wird, quod per se non fiat, possessionem ejus rei non traditum iri. L. 47. D. h. t.; und „diese rein negative Fassung enthielt gleichwohl noch das positive Element, daß der jetzige Kläger den später etwa erlangten Besitz dem jetzigen Beklagten herausgeben, wenigstens dulden wolle, daß dieser sich ihn hole." Pagenstecher II. S. 209.) — Unsere Stelle beweist also keineswegs, daß die cedirte dingliche Klage als solche auch gegen den Eigenthümer, wie gegen jeden dritten Besitzer wirke, sondern sie zeigt nur, wie diese Klage im klassischen Prozeß mit Erfolg dazu benützt werden konnte, um die aus der litis aestimatio entsprungenen obligatorischen Ansprüche des Besiegten gegenüber dem hinterher in den Besitz der Sache gelangten Vindikanten zur Verwirklichung zu bringen; unter der äußeren Form eines dinglichen wird hier in Wahrheit ein obligatorischer Prozeß geführt, dessen Anfangs- und Schwerpunkt in der replica doli liegt; diese ist, materiell genommen, erst die Klage, sie gründet sich auf das durch litis aestimatio zwischen dem Kläger und Beklagten begründete Rechtsverhältniß, die causa jener Cession, und von der rechtlichen Natur und den Modalitäten des besagten Geschäftes allein wird der Ausgang des Prozesses, die Entscheidung, ob und wozu der Beklagte zu verurtheilen sei, bestimmt. Formell also entscheidet der Richter hier zwar über die eingebrachte dingliche Klage (und zwar regelmäßig absolvirend, Keller, Prozeß §. 67), materiell aber handelt es sich allein um das gedachte obligatorische Rechtsverhältniß; nur was ihm aus diesem gebührt, erhält der Kläger: erhält er die Sache, so geschieht es, weil er sie quasi gekauft hat, nicht kraft einer dinglichen Berechtigung. Für das heutige Recht ist demnach aus Papinian's Ausführung nur zu entnehmen, daß der L.-Aestimant durch spätere Wiedererlangung des Besitzes dem Aestimaten in einem gewissen Umfang haftbar wird, doch ist diese Haftung durch die seinerzeit erfolgte Klagabtretung weder bedingt, noch wird sie dadurch erweitert. Die Form der prozeßualischen Geltendmachung des bezüglichen Anspruchs ist h. z. T. in allen Fällen eine unmittelbar auf die Thatsache der geleisteten litis aestimatio zu stützende Klage, analog etwa der actio emti gegen den Verkäufer, welcher die unverschuldet verlorene und darum nicht übergebene Kaufsache hinterher in natura oder dem Werthe nach zurückerhalten hat. (L. 21. fin. D. her. v. a. vend., L. 13. §. 17. D. act. emti. v., L. 14. pr. D. de furtis.)

[130]) Bähr a. a. O. Note 123 wendet sich an unser Billigkeitsgefühl mit folgendem Beispiel: „Man denke z. B. Jemand, dem in Kriegszeiten ein Pferd abhanden gekommen ist, stellt einem Andern eine Urkunde aus, wodurch er demselben seine Eigenthumsansprüche an dem Pferd, wo sich solches auch finden möge,

thümers, was emanzipirt sie hier von ihren sonst unerläßlichen Voraussetzungen? Man antwortet mit dem Hinweis auf die cedirte Obligation, welche vom Cessionar auch dann noch geltend gemacht werden könne, wenn das ursprüngliche vinculum juris zwischen dem Cedenten und Cessus durch confusio erloschen sei. Allein aus diesem Satz — der selbst keineswegs unzweifelhaft feststeht — ist nur zu ersehen, daß das römische Recht in seiner späteren Entwickelung sich auf Kosten des reinen Cessionsbegriffes der Idee der Singularsuccession in Obligationen genähert hat, indem es die cedirte Forderung in gewisser Beziehung als eine übertragene betrachtet, die also eigentlich gar nicht mehr ein vinculum zwischen dem Cedenten und Cessus, sondern zwischen Letzterem und dem Cessionar ist, und daher durch einen Erbgang zwischen den erstgenannten Personen in ihrem Bestand nicht alterirt werden kann. Wollte man dieß als Analogie für unsern Fall ernstlich geltend machen, so müßte man behaupten, die römische Jurisprudenz habe auch hier das Wesen der Cession gegenüber dem Gesichtspunkt der Singularsuccession zurücktreten lassen und den Cessionar thatsächlich als Eigenthümer (wie oben als Gläubiger) angesehen, d. h. die Cession der R. V. sei ihrer

abtritt. Nachher kommt der Cedent selbst wieder in den Besitz, indem er es b. f. als ein fremdes kauft. Kann nun der Cessionar kraft seiner Cession die Herausgabe des Pferdes von ihm verlangen? Ich bejahe die Frage." Auch wir von unserem Standpunkt können sie unbedenklich bejahen; aber nicht mit der cedirten Eigenthumsklage kann er diese Herausgabe verlangen, sondern mit der bezüglichen Klage aus der causa cessionis (Schenkung, Kauf, Vergleich, Legat u. s. w.). Das vorliegende Beispiel müßte also, um unsern Streitpunkt zu treffen, dahin ergänzt werden, daß der Cedent, nachdem er sein Pferd b. f. gekauft hatte, es ebenso an einen Dritten weiter verkauft und tradirt hat, und nun gefragt wird, ob der Cedent auch von diesem Dritten die Herausgabe „kraft seiner Cession" verlangen könne? Und diese Frage muß m. E. allerdings verneint werden. — Die von Windscheid für die entgegengesetzte Meinung herangezogene Analogie mit der exceptio rei v. et tr. kann ich nicht zugeben; denn allerdings geht diese Einrede auch gegen den Singularsuccessor des Verkäufers (L. 72. D. R. V.), aber dieß beweist eben, daß durch den späteren Eigenthumserwerb seitens des Letzteren die frühere ungiltige Tradition ihm gegenüber als konfirmirt behandelt wird (siehe unten VIII, Abs. 2); es besteht also zwischen diesem und dem uns hier vorliegenden Verhältniß der wesentliche Gegensatz, daß das analoge Ereigniß in der Person des Auktors (Eigenthumserwerb des Tradenten — Besitzerwerb des Cedenten) hier das Recht des Klägers zu vernichten, dort aber es zu integriren geeignet ist.

Wirkung nach der vollzogenen Tradition gleich gehalten worden. Dafür aber wird in unseren Quellen der Beweis nicht gefunden werden. —

Die Cessionstheorie, sowohl in der ursprünglichen Ihering'schen, als in der von Bähr und Pagenstecher vertretenen Gestalt, erweist sich dem Obigen zufolge als unhaltbar; sie ist mit mehr oder weniger triftigen Gründen bereits von Zimmermann und Laband bekämpft worden (s. oben Note 119). Es erübrigt noch die eigenen Konstruktionsversuche, welche diese beiden Schriftsteller an die Stelle der von ihnen verworfenen Theorie setzen, auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen. Dabei kann ich mich, was den Ersteren betrifft, kurz fassen, da seine Auffassung im Wesentlichen wieder auf die oben bereits dargelegte Traditionstheorie (Uebergang von Besitz und Eigenthum) zurückgeht.

Zimmermann also unterscheidet zunächst, ob der Absender im gegebenen Fall den Willen hatte Besitz und Eigenthum der Waare durch den Schiffer auf den Destinatar zu übertragen, oder nicht; im ersteren Fall erfolge dieser Besitzerwerb durch den Schiffer entweder als Stellvertreter, wenn er nämlich bevollmächtigt ist, oder als negotiorum gestor des Destinatars (hiegegen s. oben lit. a.); war aber Obiges nicht die Absicht des Absenders, so erhält der Destinatar nur „eine direkte persönliche Klage gegen den Schiffer auf Auslieferung der Waare";[131]) es liege nämlich hier ein zwischen Absender und Schiffer zu Gunsten eines Dritten (des Destinatars) abgeschlossener Vertrag vor, der nach heutigem Recht für diesen unmittelbar das Forderungsrecht erzeuge.[132]) Diese aus der Natur des Verhältnisses sich gemeinrechtlich ergebenden Grundsätze seien jedoch im neueren Seerecht aus Verkehrsrücksichten dahin erweitert worden: 1) das Connossement kann auf Ordre gestellt werden, und 2) „in der Hand des Absenders repräsentirt das Connossement die Waare und er überträgt daher mit dem-

---

[131]) a. a. O. S. 120.

[132]) Zimmermann scheint zu übersehen, daß hieraus zu viel folgen würde, nämlich der sofortige Rechtserwerb des Destinatars im Moment, wo jene beiden Andern den Vertrag abschließen, oder doch wo er von diesem Abschluß auf irgend welche Weise Nachricht erhält; dieses Recht wäre dann durch den Empfang des Connossements seiner Existenz nach keineswegs bedingt, könnte daher auch durch entgegengesetztes Uebereinkommen zwischen Absender und Schiffer, selbst unter Zurückstellung aller Connossementexemplare an diesen, hinterher nicht mehr beseitigt werden.

selben, wenn dieß beiderseits beabsichtigt wird, den Besitz (?) und das Eigenthum durch Uebermittlung und Annahme (des Connossements) von Seite des Destinatars." (S. 121) Auf das juristische Wie dieser Uebertragung läßt sich nun Zimmermann nicht weiter ein, so daß die Schwierigkeit, welche deren Konstruktion bietet, durch seine Ausführung zwar neuerdings konstatirt, keineswegs aber überwunden erscheint.

Auf einem von den bisherigen Konstruktionsversuchen wesentlich abweichenden Weg sucht dagegen Laband zu einer befriedigenden Auffassung des vorliegenden Rechtsverhältnisses zu gelangen. Er verwirft sowohl die Traditions- als die Cessionstheorie und hält sich zunächst allein an die im Connossement selbst ausdrücklich enthaltenen Momente; in diesem Papier aber sieht er einmal die Beweisurkunde über die geschehene Verladung, sodann über die Verpflichtung des Schiffers zur Ablieferung derselben an den Destinatar, und auf diese beiden Punkte sucht er alle Rechtswirkungen des Connossements zurückzuführen. Was zunächst den Akt der Verladung betrifft, so soll derselbe für das Rechtsverhältniß zwischen Absender und Destinatar von entscheidender Bedeutung sein; denn den gewöhnlichen Fall vorausgesetzt, daß Ersterer zur Lieferung der Waare obligatorisch verpflichtet ist, geht mit dieser Obligatio durch jenen Akt eine wesentliche Veränderung vor: sie verwandelt sich aus einer generischen in eine speziale, es sind von nun an nur die bestimmten verladenen Waarenstücke in obligatione. „In andern Formen des Verkehrs tritt dieses Stadium der Obligation gewöhnlich erst mit Erfüllung derselben, d. h. mit der Tradition der Waaren ein, und in dieser Beziehung muß daher die Verladung der Waaren dieselben Wirkungen haben, wie sonst die Tradition und daher die Stelle einer wirklichen Tradition vertreten." (A. a. O. S. 124.) Daraus sei es u. A. zu erklären, daß der Absender die Waare nicht hinterher wieder zurücknehmen und durch andere ersetzen dürfe, sowie daß die Gefahr sofort auf den Destinatar übergehe; und diese Rechtswirkungen der Verladung werden durch Zusendung des Connossements dem Empfänger „notifizirt". Aus dem Akt der Verladung aber ergebe sich weiter noch, daß dem Destinatar gegen den dritten Besitzer, der die Waare durch Delikt erlangt hat, rei vindicatio utilis zustehe, und zwar sei diese Klage nicht etwa als mit dem Connossement cedirt zu betrachten, sondern sie sei unmittelbare Folge des von Seiten des Ab-

senders durch die Verladung dokumentirten animus tradendi; denn „da der Absender dem Destinatar die Waaren selbst übertragen wollte, so kann und muß angenommen werden, daß er ihm auch die Klagen übertragen will, welche ihn in den Stand setzen, diese Waaren wirklich zu erlangen" (S. 126).[133]) — Zu diesen Wirkungen der Verladung kommt nach Laband als zweites Moment die selbstständige Verpflichtung des Schiffers gegenüber dem Destinatar hinzu, kraft welcher der Letztere im Zweifel als allein legitimirt erscheint den Besitz der Waare zu verlangen. Diese Obligation ist in dem Connossement inkorporirt,[134]) d. h. für den Verkehr mit den Eigenschaften einer res corporalis begabt, und somit analog den über Inhaberpapiere geltenden Grundsätzen absolut (ohne Cession) übertragbar, als ein von der Person des ursprünglichen Gläubigers gänzlich unabhängiges selbstständiges Vermögensobjekt des jeweiligen rechtmäßigen Papierbesitzers. „So werden durch das Zusammenwirken zweier Verhältnisse, nämlich der Verfrachtung von Seiten des Absenders und der hinzutretenden Verpflichtung des Schiffers diese Waaren wirklich zu übergeben, Wirkungen hervorgerufen, welche denen einer eigentlichen Tradition faktisch gleich kommen." (S. 126.)

Die vorliegende Theorie muß nun aber in allen jenen Punkten bestritten werden, wo sie ihre Schlüsse auf die angeblichen Rechtswirkungen der Verladung gründet. Vor Allem ist es schon unrichtig, daß durch diesen Akt die generische Obligation des Absenders, wenn eine solche vorlag, („wie durch Tradition"[135]) in eine speziell

[133]) Es könnte nach diesen letzten Worten Labands scheinen, als denke derselbe hier (ähnlich mit Ihering) doch an eine im Connossement liegende, oder doch darein zu legende Cession dieser Klagen, allein dieß wird durch die unmittelbar darauffolgenden Sätze ausgeschlossen: „Nur wird das Klagerecht nicht besonders durch das Connossement cedirt, sondern es ergibt sich aus dem *animus tradendi*, der sich in der Verladung der Waaren dokumentirt."

[134]) „Das Connossement ist aber nicht der Repräsentant der Waare, wie man es gewöhnlich ausdrückt, sondern der Repräsentant des obligatorischen Rechts." A. a. O. S. 132.

[135]) Unrichtig ist auch diese Parallele zur Tradition, denn durch Tradition (als solutio) wird die generische Obligation niemals verwandelt: ist die Leistung vollständig, so wird die Obligation getilgt, ist sie nur eine theilweise, so bleibt dieselbe mit ihrem unbestimmten Inhalt ganz bestehen, so daß es dem Schuldner

bestimmte sich umgestalte; denn durch die Verladung an und für sich ist der Absender noch keineswegs verpflichtet gerade diese Waarenspezies zu liefern, es steht ihm vielmehr in jedem beliebigen späteren Zeitpunkt noch vollständig frei die Waare vom Schiffer wieder zurückzunehmen und durch eine andere zu ersetzen, oder auch die Sendung ganz zu unterlassen, wenn er nur bei Lösung seines Frachtvertrags alle Exemplare des Connossements dem Schiffer zurückstellt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Destinatar von der geschehenen Verladung bereits Kenntniß hatte, oder nicht: nicht aus der Verladung erwächst ihm irgend ein Recht auf die verladene Spezies, sondern erst aus dem Empfang des Connossements. Die Uebersendung des letzteren kann daher durchaus nicht als „Notifikation" jener aus der Verladung angeblich entsprungenen Rechtswirkung aufgefaßt werden, da eine solche ohne und vor der Connossementübertragung gar nicht existirt, also durch dieselbe auch nicht „notifizirt" werden kann, sondern vielmehr erst erzeugt wird. Was aber die weitere von Laband behauptete Wirkung der Verladung betrifft, daß nämlich die Gefahr der Sache durch sie auf den Destinatar überwälzt werde, wobei an den gewöhnlichen Fall einer auf Grund Kaufes erfolgenden Waarensendung zu denken ist, so besteht dieselbe gemeinrechtlich gewiß nicht, da ja nach römischem Recht bekanntlich der Käufer bereits vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses das periculum rei zu tragen beginnt, sondern nur partikularrechtlich, in soferne einzelne Gesetzgebungen ausdrücklich normiren, daß die Gefahr der Kaufsache erst mit der Uebergabe derselben an den Frachtführer, die Post u. s. w. auf den Käufer übergehe.[136]) — Von entscheidender Bedeutung für die Laband'sche Theorie ist endlich der Satz,

---

immer noch freisteht den geleisteten Theil zu kondiziren und eine andere Spezies zu geben. L. 2. §. 1. D. V. O., L. 26. §. 13. D. cond. indeb. Hätte also die Verladung wirklich jene ihr von Laband vindizirte Bedeutung, daß sie nämlich die generische Obligation konzentrirt ohne sie zu tilgen, so würde sie darum doch keineswegs „in dieser Beziehung dieselben Wirkungen haben, wie sonst die Tradition."

[136]) So nach französischem (Code de comm. a. 100) und deutschem Handelsrecht (H.-Gb. a. 345); nach preußischem und österreichischem Recht hat die Verfrachtung nur dann diese Wirkung, wenn die „Ueberschickungsart" vom Destinatar selbst „bestimmt oder genehmigt" wurde. A. b. Gb. §. 429, A. L.-Rt. I. 11. §. 128, 129. Dem gemeinen Recht folgt das sächs. Gb. §. 866.

daß der Destinatar die Waare „wenn der Besitz durch Delikt in die Hände Anderer gekommen ist", sich mit rei vindicatio utilis abholen könne; denn auf ihm beruht nach Labands Konstruktion die eminente Rechtsstellung des Destinatars zur S-che, die quasidingliche Wirkung des ganzen Geschäfts, wenngleich es nach obigem Ausdruck zweifelhaft und unwahrscheinlich ist (verb. „Anderer"), daß er jene Klage auch gegen den Absender selbst,[137]) falls dieser den Besitz wiedererlangt hat, wirken lassen wolle. Wie wird nun dieser Satz von Laband civilistisch gerechtfertigt? Es scheint dieß von vornherein in doppelter Weise denkbar: entweder so, daß man, wie Ihering und Bähr, in der Zusendung des Connossements die Cession der eventuellen Eigenthumsklage sieht, — und diese Auffassung wird von Laband ausdrücklich abgelehnt und bekämpft (s. oben Note 133); oder in der Weise, daß man sagt, das obligatorische Verhältniß zwischen Absender und Destinatar, welches Ersteren zum tradere der Waare verpflichtet, involvire für ihn zugleich die eventuelle Verbindlichkeit, für den Fall als die Tradition wegen Abhandenkommen des Objekts unmöglich werden sollte, seine bezüglichen Klagen dem Destinatar auszuliefern; diese Cession nun brauche aber der Destinatar nicht abzuwarten,[138]) sondern es seien ihm jene Klagen sofort als utiles zu gewähren; freilich müßte dieß folgeweise auch dann stattfinden, wenn der Verlust der Waare zwar nach Abschluß des betreffenden Vertrags, aber vor der Verladung erfolgte, dagegen stets hinwegfallen, wenn ein obligatorisches Rechtsverhältniß der vorausgesetzten Art als Grundlage der beabsichtigten Tradition nicht rechtsgiltig bestand. — Allein auch diesen Weg ist Laband, wie aus dem oben Angeführten zu ersehen ist, nicht gegangen. Er gründet vielmehr das behauptete Klagerecht des Destinatars wieder allein auf die Thatsache der Verladung und den darin bethätigten animus tradendi des Absenders; aus diesem einseitigen Akt soll sich (also auch wenn derselbe etwa auf Grund eines nichtigen Vertrags

---

[137]) Und doch müßte er auch dieß behaupten, wenn anders die Rechtswirkungen der Verladung und Connossementsübersendung denen der vollzogenen Tradition faktisch gleich stehen sollen.

[138]) Vgl. jedoch L. 14. pr. D. de furtis. Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem *non habere*, sed adhuc *venditoris* esse hanc actionem, Celsus scripsit.

erfolgte) für den Destinatar eine rechtlich bevorzugte Stellung „ergeben", kraft welcher er Dritten gegenüber so anzusehen wäre, als würde die beabsichtigte Tradition an ihn bereits vollzogen und erst nachher die Sache widerrechtlich aus seinem Besitz gekommen sein. Woher aber, müssen wir endlich fragen, soll diesem einseitigen Willensakt des Absenders jene rechtserzeugende Kraft kommen? Oder liegt sie etwa gerade in dieser Bethätigungsform des Willens, der Verladung? Die Uebergabe der Waare an den Schiffer ist die Einleitung zu der beabsichtigten Tradition, die durch diesen als Stellvertreter des Gebers bewerkstelligt werden soll, und unterscheidet sich in nichts von der Einhändigung des Traditionsobjekts an einen gewöhnlichen Boten, der es dem Nehmer in's Haus bringen soll. Mehr als aus dieser Einhändigung kann sich auch aus der Verladung nicht ergeben: verliert aber der Bote die Sache unterwegs, so ist eben die beabsichtigte Tradition mißlungen, ganz ebenso, als wenn bei einer Tradition von Hand zu Hand die zu überreichende Sache der bereits ausgestreckten Hand des Gebers entschlüpft und in's Wasser fällt, oder von einem Dritten ihr entrissen wird. Freilich ist durch das Ausstrecken der Hand hier, wie dort durch die Verladung, deutlich genug dargethan, daß der Betreffende die Tradition vornehmen wollte, aber wie aus diesem nicht zur Realisirung gelangten Willen für den andern Theil irgendwelche Berechtigung zur Verfolgung jener Sache erwachsen soll, ist immer noch nicht abzusehen. Man halte sich nur obiges Beispiel vor Augen und denke dabei an den Fall des Handgeschenks, also: ich übergebe meinem Diener ein Pferd mit dem Auftrag es an X (als Handgeschenk) von mir zu überbringen; unterwegs geht das Pferd durch und kommt in die Hände eines Dritten; X, der inzwischen von meiner damaligen Schenkungsabsicht und der behufs Realisirung derselben geschehenen Einhändigung des Thiers an den Diener Kunde erhalten, sollte dieses nun gegen jeden Dritten schlechtweg auf eigene Rechnung einklagen können? Laband behauptet dieß: „denn da der Absender dem Destinatar die Waare selbst übertragen wollte, so kann und muß angenommen werden, daß er ihm auch die Klagen übertragen will, welche ihn in den Stand setzen, diese wirklich zu erlangen." (S. 126.) Allein damals, als ich die Sache selbst tradiren wollte und zu tradiren glaubte, wollte ich eben darum die Klagen gewiß nicht zugleich übertragen, und ob ich das jetzt will (in

dem spätern Zeitpunkt der actio nata), ist sehr fraglich, keinesfalls bin ich verpflichtet heute noch schenken zu wollen, weil ich dieß in einem früheren Zeitpunkt einmal wollte und meinen damaligen Willen in jenem Einhändigungsakt (dem Diener gegenüber) unzweifelhaft dokumentirt habe. Eine derartige Verbindlichkeit des Inhalts, im Fall des Mißlingens der Tradition anstatt der Sache selbst die zu ihrer Verfolgung dienenden Klagen zu prästiren, kann nur aus einem zwischen Absender und Destinatar bestehenden obligatorischen Rechtsverhältniß, niemals aus irgendwelcher einseitigen Willensmanifestation entspringen. Der isolirte animus tradendi, in welcher Form immer er an den Tag gelegt sein mag, erzeugt aus sich selbst heraus keinerlei Rechtswirkung; die Verfrachtung der Waaren aber ist nicht mehr, als eine thatsächliche Manifestation dieses einseitigen Willens, und als solche mithin für sich allein juristisch unfruchtbar, — m. a. W. es kann für den Destinatar aus der durch den Absender bewirkten Einschiffung[139]) der Waare eine nähere Berechtigung zu derselben, als ihm anderweitig bereits zustand, nicht hervorgehen.

Die Consequenzen, welche Laband für die Rechtsstellung des Destinatars aus der Thatsache der Verladung abzuleiten sucht, müssen wir demnach ablehnen; und doch sind es gerade sie, die dem Connossementgeschäft nach Labands Auffassung eine so durchgreifende Wirkung verleihen, daß dasselbe dem Effekt nach der Tradition „faktisch gleich" stehen soll. Fallen sie hinweg, so bleibt in der That nichts übrig, was über die dem Connossementempfang von der Thöl'schen Ansicht zuerkannten Rechtswirkungen hinausginge: dieselben beschränken sich auf das obligatorische, nach den über Ordrepapiere geltenden Grundsätzen übertragbare[140]) Recht des Connossementempfängers gegen den Schiffer.

Ob aber damit die rechtliche Bedeutung des Instituts, wie es einmal vom Handelsverkehr herausgebildet und anerkannt dasteht, erschöpft ist? Wir müssen es verneinen.

---

[139]) Es versteht sich, daß hiebei immer vorausgesetzt wird, daß der Schiffer als Stellvertreter des Absenders fungirt. S. oben bei Note 108.

[140]) Vorausgesetzt nämlich, daß das Connossement, wie dieß regelmäßig geschieht, auf Ordre gestellt ist.

Es ist durch keinen der im Vorstehenden besprochenen Konstruktionsversuche die Sache so getroffen, daß einerseits die aus der Theorie sich ergebenden Rechtswirkungen der Connossementübersendung sich decken mit denen, die der moderne Güterverkehr bedarf und ebendarum gewohnheitsmäßig entwickelt hat, andererseits aber auch diese Rechtswirkungen aus der civilistischen Auffassung des vorliegenden Geschäfts in juristisch haltbarer Weise abgeleitet werden; dieselben gelangen vielmehr entweder auf juristisch korrekten Wegen zu praktisch nicht ausreichenden Resultaten,[141]) ein Beweis, daß von irrigen Voraussetzungen ausgegangen wurde, oder sie suchen durch nicht stichhaltige, theilweise verkünstelte Konstruktion das von vornherein richtig erkannte Resultat zu erreichen. Dieser letztere Vorwurf trifft die Theorien von Bähr-Becker und Laband nicht minder als die älteren Traditionstheorien; doch haben diese vor jenen den wesentlichen Vorzug, daß sie der juristischen Behandlung des Instituts eine Anschauung zu Grunde legen (s. oben bei Note 105), deren praktischer Inhalt mit der im Verkehrsleben gemeinhin angetroffenen Rechtsüberzeugung zusammenstimmt.

Und auf diese Grundlage, glaube ich, müssen wir wieder zurückgreifen. Wir müssen mit jener ehemals unbestrittenen älteren Theorie daran als der uns gegebenen Basis festhalten, daß aus der Empfangnahme des Connossements kraft gemeinen Handelsgebrauchs dem Destinatar — abgesehen von gewissen obligatorischen Ansprüchen gegen den Schiffer — unter Umständen auch eine unmittelbare rechtliche Macht über die Waare selbst erwächst; eine Macht, die das volle und ausschließliche Verfügungsrecht über dieselbe, also namentlich das Recht sie sofort weiter zu veräußern, zu verpfänden u. s. w. in sich schließt, — kurz diejenige totale, rechtlich begründete Herrschaft, die wir als Eigenthum[141a]) bezeichnen. Die Ueberzeugung von dieser unmittelbar

[141]) Hierher gehören diejenigen, welche sich der Auffassung von Gesterding oder Thöl zuneigen, in geringerem Grad aber auch Ihering.

[141a]) Nach Endemann S. 384 „kann der Connossementinhaber über die Waaren dem Werthe nach, wenn er dieselben auch noch nicht sinnlich besitzt, verfügen." Darin möchte man Uebereinstimmung mit dem im Text Behaupteten finden; allein auf S. 383 verwirft Endemann ausdrücklich die Meinung, wonach die Connossementübertragung unter Umständen die „Uebertragung sogar des förmlichen (?) Eigenthums an den Waaren" bewirke, und in Note 35 heißt es: „diesem

dinglich wirkenden Kraft der Connossementübertragung stand bis vor verhältnißmäßig kurzer Zeit in Theorie und Praxis allgemein fest; die älteren Schriftsteller [142]) gehen fast ohne Ausnahme von ihr aus und berufen sich dafür ausdrücklich oder stillschweigend auf die traditionelle Rechtsansicht des Handelsstandes. [143]) Und dieß thun sie mit vollem Recht: denn es ist gegenüber einem im Verkehrsleben fertig dastehenden Rechtsinstitut nicht unsere Aufgabe es nach den Regeln unseres juristischen Systems kritisch zu prüfen und eventuell zu modifiziren, sondern umgekehrt diese nach jenem; zu diesem Ende aber müssen wir Letzteres, wie es uns gegeben ist, vor Allem erst nach seiner empirischen Beschaffenheit untersuchen und feststellen, und daß hiebei die stetige Anschauung derjenigen Lebenskreise, aus deren Praxis und Bedürfniß das Institut hervorgegangen ist, in erster Linie maßgebend sein muß, [144]) liegt in der Natur der Sache. Die traditionelle Ansicht

---

Recht (des Connossementinhabers) am Werth (?) steht das Recht am Körper, Eigenthum im gewöhnlichen Sinn (??), welches möglicherweise nach den Regeln des Civilrechts bei einem Andern sein würde, nach." Also der Käufer und Connossementinhaber ist nicht Eigenthümer der Waare „im gewöhnlichen Sinn", er hat kein Recht „am Körper", sondern nur ein Recht „am Werth". Ueber die juristische Natur dieses Letzteren, und insbesondere über dessen Verhältniß zum „förmlichen" und „gewöhnlichen" Eigenthum theilt uns Endemann nichts mit.

[142]) S. die bei Wilda und besonders bei Gesterding S. 227. Note 1 zahlreich Angeführten. Vgl. auch die Entscheidungsgründe zu dem oben N. 108a angeführten Urtheil, a. a. O. S. 489, 490. „Die Gründe ... beziehen sich auf eine allgemeine Handelsusance oder Handelsansicht, und daß sich eine solche gebildet hat, läßt sich nicht bezweifeln. Die angesehensten Rechtslehrer bezeugen die Existenz eines überall verbreiteten Gewohnheitsrechts, wodurch der Destinatair und zugleich Käufer der Waaren durch Empfang und Annahme des Connossements, welches der Verlader und Absender der Waare ihm zugestellt hat, das Eigenthum derselben erwerben soll."

[143]) Die Allgemeinheit derselben wird auch von Gesterding anerkannt, doch läßt dieser sich dadurch keineswegs zu einer „verwerflichen Nachgiebigkeit gegen die Meinungen der Kaufleute" verleiten, wie seine Vorgänger und viele seiner Nachfolger, sondern nimmt davon nur Veranlassung „diesen guten Leuten" vom Thron des römischen Rechts herab eine derbe Lektion zu ertheilen. A. a. O. S. 229.

[144]) Dieß darf natürlich nicht so verstanden werden, als sei die gemeinhin etwa gangbare juristische Auffassung des Verhältnisses nothwendig maßgebend. Die Konstruktion bleibt vielmehr stets Sache der freien wissenschaftlichen Arbeit

des Handelsstandes über die rechtliche Bedeutung des Connossements geht nun aber, wie dieß bereits Gesterding richtig zusammengefaßt hat, dahin: „Das Connossement wird von den Kaufleuten als ein Handelsartikel angesehen, der Empfänger kann es an einen Dritten, dieser an einen Andern u. s. w. cediren; der Cessionar wird durch eine solche Abtretung Eigenthümer der Ladung, ob sie gleich vielleicht noch immer unterwegs ist.“ [145]) Sie hat nicht nur in den bedeutendsten älteren Partikularrechten Europas, [146]) sondern auch in neuester Zeit noch im deutschen Handelsgesetzbuch [147]) ihren legislativen Ausdruck gefunden, und wird durch diese Thatsache selbst wieder bestätigt und anerkannt. [148]) Ja auch die oben betrachteten Ausführungen mehrerer Gegner enthalten indirekt eine solche Bestätigung, indem sie auf ihrem Weg unserem Dogma von der unmittelbar dinglichen Wirkung des Connossements möglichst nahe zu kommen suchen und damit dessen praktische Existenz mittelbar anerkennen. [149])

---

des Juristen, nur muß dieser dabei den Umfang der thatsächlich anerkannten Rechtswirkungen des vorliegenden Verhältnisses genau erforscht haben und sorgfältig im Auge behalten, denn auf sie muß er schließlich hinauskommen, wenn er überhaupt darauf Anspruch machen will, eben dieses gegebene, und nicht irgend ein ideales Institut konstruirt zu haben.

[145]) A. a. O. S. 233. Aehnlich auch Wilda, a. a. O. S. 33.

[146]) Im preußischen (L.-Rt. I. 20. §. 367, 374, Koch I. §. 420, 435), österreichischen (b. Gb. §. 427), französischen (code de comm. a. 578, *Pardessus* collection de loix maritimes §. 727, Urtheil des Pariser Cassationshofs, mitgetheilt in der Zeitschr. f. das ges. Handelsrecht III. S. 208) und englischen Recht (vgl. Jacobsen, Seerecht S. 255, 259, und Wilda N. 14); ebenso das spanische Gesetz v. 9. Juli 1862, art. 1, 2 (Zeitschr. f. d. gesammte Handelsr. VI. S. 536), das belgische Ges. v. 18. Nov. 1862 (das. VII. S. 406), art. 4.

[147]) Nach demselben (a. 649 f.) steht die Uebergabe des Connossements für den Erwerb der von der Uebergabe der Güter abhängigen Rechte, also namentlich für den Erwerb von Eigenthum und Pfandrecht, der Uebergabe der Güter gleich.

[148]) Wenn die gerichtliche Praxis der Länder des gemeinen Rechts in neuerer Zeit schwankend geworden ist (vgl. die von Thöl, N. 19 und Rudorff zu Savigny Nr. 63 angef. Urtheile), so ist das eben eine Rückwirkung der neueren irrigen Theorieen.

[149]) Dieß gilt namentlich von Laband, nach dessen Auffassung, wie wir gesehen haben, die Rechtswirkungen der Verladung und Connossementübertragung

Jene ältere Theorie steht demnach auf dem richtigen Boden, wenn sie davon ausgeht, daß die in der betreffenden Willensmeinung bewerkstelligte Uebergabe des Connossements dieselben dinglichen Wirkungen wie die Eigenthumstradition erzeuge; sie hat nur darin gefehlt, daß sie den Rechtserwerb des Destinatars — um denselben mit den wahren oder vermeintlichen Grundsätzen des römischen Rechts in Einklang zu bringen — als Tradition (wahre oder symbolische) konstruirte. Dieß mußte zu falschen Konsequenzen führen: man war zu der ganz verwerflichen Annahme gezwungen, daß mit Empfang des Connossements immer zugleich der Besitz der Waare auf den Destinatar übertragen werde (s. oben unter a—d), und man hätte, sobald einmal der formlose Traditionsvertrag für das juristisch Essentielle im Connossementgeschäft gehalten wurde, folgerecht zugeben müssen, daß jene Rechtswirkungen im gleichen Umfang auch durch die Uebermittlung anderer Urkunden, die nicht in der hergebrachten Form des Connossements ausgestellt sind, erreicht werden, — eine Annahme, die mit der von der Handelspraxis stets festgehaltenen formellen Natur des Connossementgeschäfts unverträglich ist.

Das Connossementgeschäft ist niemals Tradition, aber es kann unter Umständen rechtlich wie Tradition wirken, d. h. den vertragsmäßigen Erwerb dinglicher Rechte für den Destinatar begründen. Es sind dann innerhalb desselben zwei ihrer Natur nach durchaus verschiedene juristische Elemente zu unterscheiden und streng auseinander zu halten: das stets vorhandene obligatorische und das, wie gesagt, nur unter Umständen in dem Geschäft mit enthaltene dingliche Element. Ersteres besteht in der Begründung eines obligatorischen Rechtsverhältnisses allein zwischen dem Frachtführer und dem Destinatar, beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger. Dieses Verhältniß wird durch die Einhändigung des vom Schiffer gezeichneten Connossements an den Destinatar perfekt und ist seiner Natur und Wirkung nach durchaus analog der durch Acceptation eines an fremde Ordre lautenden Wechsels zwischen dem Acceptanten und Remittenten entstehenden Obligation: es

---

denen der vollzogenen Tradition, also dem Erwerb des Eigenthums, Pfandrechts u. s. w. faktisch gleich stehen sollen; aber auch Jhering will ja „die reelle Uebertragung der Waare durch ein juristisches Mittel ersetzen".

entspringt daraus für den das Connossement detinirenden Destinatar, beziehungsweise Indossatar, ein direkter Anspruch gegen den Frachtführer auf Auslieferung der Waare, analog der Wechselklage gegen den Acceptanten; ein Anspruch, der einerseits rein persönlich ist, also nur gegen den Schiffer und seine Universalsuccessoren geht,[150] andererseits von der causa der zu effektuirenden Lieferung in keiner Weise berührt wird; ob also der Destinatar und Inhaber des Connossements in Rücksicht auf die zu empfangende Waare als Kommissionär, Miether, Pfandgläubiger oder Eigenthümer erscheint, ist für sein Rechtsverhältniß zum Schiffer vollkommen gleichgiltig.

Nicht so aber dritten Besitzern der Waare und insbesondere auch dem Absender gegenüber; hier kommt es vielmehr gerade darauf an, ob im vorliegenden Fall durch den Empfang des Connossements neben dem erwähnten obligatorischen auch ein dingliches Verhältniß, eine unmittelbar auf die Sache sich beziehende Berechtigung entstanden ist. Und eine solche dingliche Wirkung müssen wir dem Obigen zufolge der Uebertragung des Connossements immer dann beilegen, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist; dieß aber ist mit Rücksicht auf die im Seeverkehr herrschenden Anschauungen im Zweifel immer vorauszusetzen,[151] wenn die Waarensendung aus einer causa erfolgt, die auf die beiderseitige Absicht einen dinglichen Vertrag zu vollziehen schließen läßt. Hatte also der Absender die Waare dem Destinatar verkauft, so wird sie im Augenblick des Connossementempfangs Eigenthum des Letzteren, es sei denn, daß jener sich das Eigenthum bis zur erfolgten Uebergabe, oder bis zu einem beliebigen andern Zeitpunkt ausdrücklich vorbehalten hätte.

Die Connossementübertragung ist eine vom modernen Handelsverkehr erzeugte neue Form des dinglichen Ver-

[150] Also keineswegs etwa auch gegen den Absender, welcher dieser obligatio durchaus fremd ist; noch gegen den Dritten, der die Waare vom Schiffer bona fide an sich gebracht hat.

[151] In dieser Voraussetzung, die sich auf die oben erörterten empirischen Thatsachen gründet, liegt der praktisch entscheidende Punkt unserer Auffassung; denn daß für den Fall einer dießbezüglichen ausdrücklichen Feststellung unter den Parteien die Connossementübertragung immerhin die von uns behauptete Wirkung haben könne, wird hie und da auch von Gegnern (z. B. Gerber §. 184, N. 9) zugegeben.

trags; sie besteht in der Einhändigung einer über das verfrachtete Vertragsobjekt in der durch Handelsgebrauch festgestellten Form errichteten Urkunde. Sobald der im Zusammentreffen des animus accipiendi et transferendi gegebene dingliche Vertrag in diesem Akt verkörpert auftritt, hört er auf „nudum pactum" im Sinne einer rechtlich nicht durchgreifenden Verabredung zu sein, er wird zur vollwirksamen rechtserzeugenden Thatsache; es steht also diese für spezielle Verhältnisse ausgebildete Form des dinglichen Vertrags nach gemeinem, partikularrechtlich vielfach sanktionirtem Gewohnheitsrecht jenen allgemeinen Formen, der Tradition und Ingrossation, gleichwirksam zur Seite.

Ihre Entstehung verdankt diese neue Form den riesigen Dimensionen, die der Güterverkehr zur See in der nachrömischen Welt allmälig angenommen hat; den Interessen dieses Welthandels, der nach dem Ausspruch des großen Amerikaners von dem Grundsatz „time is money" beherrscht wird, konnte die hergebrachte Form der Tradition allein nicht genügen, weil sie den Rechtserwerb vom Sacherwerb abhängig macht und damit jenen intellektuellen Akt an die zur Effektuirung dieses physischen Vorgangs erforderliche Zeit bindet. Und dieses unvermeidliche, weil im Wesen der Tradition gegründete Moment der Schwerfälligkeit zu überwinden ist eben die Hauptaufgabe des Connossements; die zur Uebertragung des dinglichen Rechts an den entfernten Kontrahenten erforderliche Zeit soll dadurch auf ihr Minimum herabgedrückt werden.[152])

Die Entwicklung des Instituts ist eine vom römischen Recht äußerlich und innerlich unabhängige, sie geht parallel der Entwicklung jener Ordre- und Inhaberpapiere, in welchen eine *Obligatio* inkorporirt und dadurch frei übertragbar gemacht wird, aber sie darf mit dieser nicht identifizirt werden, wie Laband will. Zwar insofern es sich um die

[152]) Daß dieß in der That geschieht, ist nicht zu bezweifeln: das über eine in New-York verladenen Partie Baumwolle ausgestellte Connossement kann mittelst des Postdampfers in 8—10 Tagen in die Hände des Hamburger Destinatars gelangen und von diesem innerhalb der mehreren Wochen, die bis zur Ankunft des Frachtschiffes noch verfließen, zum Gegenstand vielfältiger Spekulation gemacht werden; so kann das Eigenthum jener Baumwolle mittelst des Connossements leicht durch fünfzig Hände wandern, ehe es durch Tradition in die zweite gekommen wäre.

aus der Connossementunterzeichnung gegen den Schiffer entstehende Forderung handelt (das obligatorische Element), ist das Connossement, wenn es überhaupt auf Ordre lautet, wie jedes andere obligatorische Ordrepapier zu betrachten, allein gerade seine charakteristische (dingliche) Wirkung resultirt nicht aus dieser seiner Eigenschaft. Zur Form des dinglichen Vertrags wird das Institut des Connossements erst dadurch, daß dieses Papier als Träger, nicht bloß eines obligatorischen Rechts oder eines Komplexes solcher Rechte, sondern einer dinglichen Berechtigung erscheint:[153]) das zu bestellende dingliche Recht selbst ist in dem Connossement „inkorporirt" und frei transferibel gemacht, so daß es auf Grund beiderseitigen Konsenses durch die Uebernahme des Papiers erworben wird.[154]) Dieser Erwerb steht dem durch Tradition rechtlich gleich und ist durchaus nach den über vertragsmäßige Bestellung dinglicher Rechte im Allgemeinen geltenden Grundsätzen zu behandeln:[154a]) der Empfänger des Connossements wird Eigenthümer oder Pfandberechtigter unter denselben Voraussetzungen, unter denen er es durch Apprehension des Sachbesitzes geworden wäre, und mit denselben Wirkungen; er hat somit als Eigenthümer die Eigenthumsklage gegen den Absender und Schiffer sowohl, als gegen jeden dritten Inhaber der Waare, sofern diese Klage nicht im konkreten Fall durch besondere Rechtssätze ausgeschlossen wird;[155]) ihn treffen vom Augenblick des Connossementempfangs

---

[153]) Man könnte darum das Ordreconnossement als dingliches Ordrepapier bezeichnen.

[154]) Dieß ist es, was mit der stehenden Formel, das Connossement sei der „Repräsentant der Waare", gemeint ist.

[154a]) Ueber die Konsequenzen, die sich hiernach für die Rechtsstellung mehrerer Connossementinhaber zu einander und zu Dritten ergeben, s. unten VIII. bei N. 7 f.

[155]) So nach Partikularrecht unter Umständen durch den Satz „Hand muß Hand wahren", oder das Privilegium der gewerbsmäßigen Veräußerung (Oesterr. Gb. §. 367, Hd.-Gb. a. 306, und oben S. 62, N. 46). Das Revokationsrecht, welches das Preuß. Recht dem Absender gibt, wenn der Destinatar „innerhalb dreier Tage nach der Uebergabe" in Konkurs verfällt (Koch II. §. 495, A. L.-Rt. I. 11. §. 134), enthält eine nicht zu rechtfertigende singuläre Begünstigung des Ersteren, keineswegs aber einen Beweis gegen die dingliche Wirkung der Connossementübersendung; und eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann auch in den analogen Bestimmungen des französischen Rechts (Code de comm. a. 576 ff.) nicht gefunden werden, da die dem Absender dort gestattete „revendication" der noch in den Händen

die Lasten der Sache (insbesondere die Fracht- und Assekuranzgebühr) und das periculum et commodum rei, falls dasselbe nicht bereits früher (s. oben bei Note 136) auf ihn übergegangen wäre; er kann mittelst Weiterbegebung des Connossements die Waare sofort wieder veräußern, verpfänden u. s. w. —

So viel innere Analogie nun aber auch dieser Rechtserwerb durch Connossement mit der Tradition haben mag, so kann er doch nicht als „symbolische" Tradition bezeichnet werden,[156]) denn es fehlt hier durchaus an jedem sinnbildlichen Moment: weder der Akt der Connossement-Uebersendung ist eine symbolische Handlung, noch das Papier selbst eine symbolische Sache; letzteres kann für seinen Besitzer unter Umständen das Eigenthum der Waare begründen, aber es ist ebensowenig Sinnbild dieser Waare, als der Wechsel Symbol der Wechselsumme.

Wir kehren zur symbolischen Tradition des österreichischen Rechts zurück. Ihre rechtliche Natur ist im Obigen festgestellt, und die nach a. b. Gb. §. 427 zulässigen Formen ihrer Anwendung,[157]) insbesondere die der Urkundenübergabe, des Näheren erörtert worden. Es handelt sich nur noch um den Umfang ihrer Anwendbarkeit, um die Beantwortung der Frage: Können nach österreichischem Recht alle

---

des Falliten befindlichen Waare (a. 578) durch die seitens der Massavertretung angebotene Zahlung des Kaufpreises jederzeit zurückgeschlagen werden kann (a. 582), also in der That keine R. V., sondern die mit einem gesetzlichen Pfandrecht an der Waare versehene Kaufschillingsforderung ist.

[156]) Wohl aber erscheint er als „symbolische Tradition" im Sinn der oben dargestellten älteren gemeinrechtlichen Lehre und des österreichischen Rechts, der ein vager, gänzlich farbloser Begriff vom „Symbol" zu Grunde liegt. S. darüber unten Seite 249 f.

[157]) Eine weitere Ausdehnung der symb. Tradition über die in §. 427 normirten Formen hinaus scheint mir durch die singuläre Natur des Instituts und die Fassung unserer Gesetzesstelle ausgeschlossen. Die entgegengesetzte Meinung der älteren Commentatoren (Zeiller II. S. 224, Nippel III. S. 371, Pr. L.-Rt. I. 7. §. 62), welche hier Alles dem Befinden des Richters anheimstellt, erklärt sich aus der oben (S. 164, 165) berührten naturrechtlichen Auffassung. — Die richtige Ansicht legt Randa seiner Darstellung (a. a. O. §. 11) stillschweigend zu Grunde.

Sachen unter allen Umständen Gegenstand einer von den Parteien beliebten symbolischen Tradition sein?

Der Wortlaut des §. 427 verneint dieß, indem er die symbolische Tradition beschränkt haben will auf „solche bewegliche Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen“.

Hiemit sind zunächst alle Immobilien ausgeschlossen: auch solche unbewegliche Sachen, die nicht Gegenstand eines öffentlichen Buches sind und darum auch nach österreichischem Recht durch Tradition erworben werden, können darum doch niemals das Objekt einer symbolischen Uebergabe bilden. Wer somit an einem nichtbücherlichen Grundstück einen Usus, Ususfructus, eine Grunddienstbarkeit oder Reallast bestellen will,[158]) kann dieß in Oesterreich weder durch bloßen Vertrag (§. 425) noch durch symbolische Tradition, sondern lediglich auf dem Wege der ordentlichen Quasitradition (§. 313).

Also nur bewegliche Sachen sind mögliche Gegenstände der symbolischen Tradition, und zwar sind auch sie es nur dann, wenn ihre „Beschaffenheit“ die Möglichkeit einer „körperlichen Uebergabe“ ausschließt. Wo sind nun aber Mobilien von dieser Beschaffenheit? Nachdem wir bereits oben (Kap. II.) darüber in's Reine gekommen sind, daß alle körperlichen Sachen, insofern sie nur überhaupt Privatrechtsverhältnissen unterwerfbar sind, Gegenstände des Besitzes und somit auch der Tradition sein können, scheinen diese der vorliegenden gesetzlichen Bestimmung zufolge von vornherein vom Anwendungsgebiet der symbolischen Tradition insgesammt ausgeschlossen; welche Objekte der letzteren dann noch übrig blieben, wäre eine weitere Frage. Allein dieß ist, wie schon das Beispiel von den „Frachtgütern“ (§. 427) zweifellos macht, sicherlich nicht die Meinung unseres Gesetzbuchs. Dasselbe weist der symbolischen Tradition ihren Wirkungskreis dort an, wo von seinem Standpunkt betrachtet die regelmäßige Tradition nicht mehr ausreicht; auf diesen Standpunkt also muß man sich stellen, um den Wirkungskreis jener zu übersehen. Wir müssen uns erinnern, daß das Gesetzbuch unter der „körperlichen Uebergabe“, welche für Mobilien die regelmäßige Uebertragungsform sein soll, die alte „traditio vera“

[158]) Alle diese Rechte sind, insofern sie ein Immobile zum Gegenstand haben, den unbeweglichen Sachen beizuzählen. Unger I. S. 396.

versteht, und daß diese nur durch buchstäbliches Hinübergeben „von Hand zu Hand" (§. 426) bewerkstelligt werden kann. Wie nun wenn diese in der Regel allein zulässige „körperliche Uebergabe" sich im konkreten Fall als unausführbar erweist, wenn die Parteien es mit Sachen zu thun haben, deren Natur sich gegen eine solche Prozedur auflehnt? Zwar läßt sich die abstrakte Möglichkeit nicht läugnen alle körperlichen Sachen der „physischen Ergreifung" im Sinn des §. 312 zu unterziehen, allein bei manchen Objekten wäre dieß thatsächlich mit erheblichen mechanischen Schwierigkeiten und andern Unzukömmlichkeiten verbunden, — und sollte man dennoch dem Verkehr diese schwerfällige, oft kaum thunliche Manipulation aufbürden, nur um die vermeintlich wesentliche Form der Tradition zu retten, die man sich einmal nur als de manu in manum translatio zu denken vermochte? Hier schien in der That ein Eingreifen der Gesetzgebung zu Gunsten des Verkehrs geboten, und die angeblich bereits dem römischen Recht angehörende Zulassung der symbolischen Tradition für solche Ausnahmsfälle erschien durchaus gerechtfertigt.[159]) — Wenn also unser §. 427 die Anwendung der symbolischen Tradition auf solche Mobilien beschränkt, die „keine körperliche Uebergabe zulassen", so ist dieß im Sinn des Gesetzbuchs und des von ihm in dieser Lehre eingenommenen veralteten Standpunkts dahin zu verstehen: die Gesetzgebung will die Form der symbolischen Tradition keineswegs der echten in der Art ebenbürtig zur Seite stellen, daß die Parteien zwischen beiden jederzeit freie Wahl hätten, sondern jene soll lediglich subsidiär gelten; nur dann, wenn das Vertragsobjekt ohne zu schwere Belästigung des Verkehrs nicht wirklich (körperlich) tradirt, d. h. vom Geber physisch ergriffen, weggeführt oder verwahrt (§. 312) werden kann, darf die symbolische Tradition aushilfsweise angewendet werden.[160])

---

[159]) Vgl. auch oben S. 165 bei N. 38.

[160]) Diese Auffassung wird bestätigt durch das Pr. L.-Rt., welches dem a. b. Gb. in dieser Lehre unmittelbar als Vorbild gedient hat: auch dort heißt es (I. 20. §. 271), die symbolische Uebergabe finde nur bei Sachen statt, wo „die Natur des Gegenstandes keine eigentliche körperliche Uebergabe zuläßt..."; wie dieses „Nichtzulassen" aber zu verstehen sei, erhellt u. A. aus §. 330 ib.... „Doch gilt dieses (die Zuläßigkeit der symb. Uebergabe) nur von solchen Waaren, die nach ihrer Natur, oder nach der ... üblichen Art ihrer Aufbewahrung, oder weil sie sich

Für unsere heutige Anschauung vom Wesen der Apprehension und Tradition bestehen nun freilich die obigen Schwierigkeiten nicht mehr, allein darum hat die symbolische Tradition doch keineswegs ihre praktische Bedeutung eingebüßt; sie dient dazu den Rechtserwerb erforderlichenfalls vom Besitzerwerb unabhängig zu machen und dadurch ersterem einen höheren Grad von Leichtigkeit zu verleihen, wie wir dieß oben an dem Beispiel des Connossements bemerkt haben. Und nur wo sich im gegebenen Fall ein solches Verkehrsbedürfniß nach Emanzipation des dinglichen Vertrags von der ordentlichen Traditionsform findet,[161]) kann statt ihrer — dann aber auf jede[162]) bewegliche Sache — die symbolische Tradition angewendet werden.[163])

---

in der Gewahrsam des Verpfänders selbst nicht befinden, entweder gar nicht, oder doch nicht ohne erhebliche Unbequemlichkeiten und Kosten, dem Pfandgläubiger körperlich übergeben werden können." — Ganz ebenso wird die entsprechende Bestimmung des §. 427 a. b. Gb. von den österr. Commentatoren übereinstimmend ausgelegt: „Nur in solchen beweglichen Sachen, welche schlechterdings, oder wenigstens nicht ohne große Unbequemlichkeit oder Verzögerung körperlich übergeben werden können, gestattet das Gesetz..." (Zeiller II. S. 223), „das Gesetz gestattet eine Uebergabe durch Zeichen auch bei solchen Gegenständen, bei denen die Uebergabe von Hand zu Hand nicht unmöglich, aber wohl mit großen Schwierigkeiten verknüpft wäre" (Stubenrauch I. S. 810), „die Uebergabe von Hand zu Hand ist aber nicht immer füglich zu bewerkstelligen, weßhalb das Gesetz, ... durch diese bloß aushilfsweise stattfindenden symbolischen Uebergabsarten" (Nippel III. S. 362) und ähnlich Winiwarter II. S. 189.

[161]) Ob dieß in concreto der Fall sei, hat der Richter zu beurtheilen. — Am entschiedensten liegt dieses Verkehrsbedürfniß vor, wenn derjenige, der sein Eigenthum zu übertragen beabsichtigt, sich gegenwärtig nicht im Besitz der Sache befindet, denn hier wird der Vollzug der Tradition in der Regel dem Besitzer gegenüber auf Schwierigkeiten stoßen, die erst durch einen Prozeß beseitigt werden müßten; aber auch da, wo die Tradition nur durch constitutum possess. ausführbar wäre, weil der Geber zur Zeit nicht selbst detinirt, das Objekt entfernt ist, oder aus einem anderen Grund nicht sofort in die Gewahrsam des Nehmers gebracht werden kann oder soll, ist nach österr. Recht symb. Tradition zuzulassen. Stubenrauch a. a. O.

[162]) Unzutreffend ist die gesetzliche Phrase „ihrer Beschaffenheit nach" (§. 427), denn es ist keine „Beschaffenheit" dieses bestimmten Weinfasses, daß es sich zur Zeit auf dem Transport befindet und darum dem Käufer nicht eingehändigt werden kann. (Richtiger das Pr. L.-Rt. §. 330 l. c. Note 160.)

[163]) Mit dem Hinweis auf das bisher Ausgeführte kann schon hier die bei

Wie das Eigenthum, so können auch Servituten und Pfandrechte[164]) an beweglichen Sachen (b. Gb. §. 481, 452) durch symbolische Tradition bestellt werden, indem die Parteien den auf die betreffende Rechtsübertragung gerichteten Willen in einer der oben mehrerwähnten Formen zum Ausdruck bringen. Es kann also der Usus an einem Wagen z. B. durch Uebergabe der Kaufbriefe, der Nießbrauch an einer Anzahl Stücken Viehs[165]) durch Einhändigung der Stallschlüssel, das Pfandrecht an einem Waarenballen durch Anbringung des Zeichens „verpfändet" u. s. w. bestellt werden. Was die Servituten betrifft, so ergibt sich aus dem Bisherigen von selbst, daß durch symbolische Tradition der Quasibesitz derselben niemals erworben wird, da ja durch symbolische Tradition überhaupt kein Besitz entsteht; wäre also in obigem Beispiel der vermeintliche Besteller des Usus nicht Eigenthümer des Wagens, so erwürbe der Nehmer durch den Empfang jener Kaufbriefe (abgesehen von den Fällen des §. 367) weder das dingliche Recht selbst, noch dessen Besitz mit der eventuellen Möglichkeit der Ersitzung. —

Wir haben bisher Eine Kategorie von Sachen absichtlich außer Augen gelassen, die unter den Objekten der symbolischen Tradition einen hervorragenden und, wie Manche glauben, ganz aparten Platz einnehmen. Es sind dieß die vom Gesetzbuch selbst beispielsweise angeführten „Gesammtsachen".

Die Frage, in welchem Sinn nach österreichischem Recht Gesammtsachen zum Gegenstand der symbolischen Tradition werden, kann in dieser beschränkten Fassung unmöglich befriedigend beantwortet werden;

---

unseren Schriftstellern traditionelle Behauptung zurückgewiesen werden, daß es nach österreichischem Recht eine Kollision zwischen echter und symb. Tradition gar nicht geben könne, weil die Möglichkeit der ersteren die Zuläßigkeit der letzteren ausschließe. Nippel S. 372, Stubenrauch S. 814. S. unten VIII. N. 11 f.

[164]) Das österr. Recht hat die Härten, welche für den Verkehr aus dem Prinzip des §. 451 (Faustpfand als ausschließliche Form des Pfandrechts an Mobilien) entspringen, durch Zulassung der symb. Tradition als Verpfändungsform theilweise wieder beseitigt. Allein diese Zulassung ist keine unbeschränkte, sie findet nur in so weit statt, als sich die symb. Tradition in concreto mit dem Grundsatz der Publizität verträgt. Näheres hierüber gehört in's Pfandrecht.

[165]) Vom Begriff der „Heerde" wird hier vorläufig noch ganz abgesehen.

wir müssen sie gleich allgemein stellen und fragen: in welchem Sinn können Gesammtsachen überhaupt als Gegenstände von Rechtsverhältnissen erscheinen? Dann erst wird sich untersuchen lassen, wie sie Gegenstand von Rechtsübertragungen und insbesondere der symbolischen Tradition sein können.

Das a. b. Gb. stellt in §. 302 eine allgemeine Begriffsbestimmung der „Gesammtsache" auf, indem es sie als „einen Inbegriff von mehreren besonderen Sachen, die als Eine Sache angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen" definirt.[166]) Damit ist nun aber für unsere Frage nichts gethan; es handelt sich darum, welchen juristischen Gebrauch das Gesetz von dem so festgestellten Begriff macht, welche praktischen Folgerungen es an denselben knüpft; erst wenn wir diese kennen, sind wir im Stande zu sagen, welche Bedeutung ihm in unserem Rechtssystem zukommt. Nach diesen Folgerungen aber suchen wir in unserem Gesetzbuch vergebens: die allgemeine Phrase in unserem Paragraph, daß die Gesammtsache „als ein Ganzes betrachtet wird", hilft uns nicht weiter, und außerdem erwähnt das Gesetz der Gesammtsachen nur noch an einer einzigen Stelle, eben in jenem §. 427, der uns zur gegenwärtigen Untersuchung geführt hat. Wir können also die Lösung der obigen Frage nicht innerhalb des Gesetzbuchs suchen, sondern müssen aus der Natur der Gesammtsache die Bedeutung und den Umfang einer über sie getroffenen privatrechtlichen Disposition (Tradition) festzustellen versuchen. Dabei kommt uns die gemeinrechtliche Jurisprudenz zu Hilfe, die sich mit den vorliegenden Fragen bis in die neueste Zeit herab eingehend beschäftigt hat, ohne sie jedoch bis heute zu einem endgiltigen, allgemein approbirten Abschluß gebracht zu haben.[167])

Es stehen hier nämlich die Ansichten in zwei Hauptrichtungen einander gegenüber:

Die Einen finden in den sogenannten Gesammtsachen nichts weiter,

---

[166]) Wir kommen auf diese Definition unten noch zurück.

[167]) Die umfangreiche ältere Literatur s. bei Glück II. §. 175a und besonders Girtanner, Jahrb. f. Dogm. III. S. 208; aus neuerer Zeit sind hervorzuheben namentlich Wächter, Erörterungen Heft I., Unger I. §. 57, Girtanner a. a. O. S. 100 f., Dernburg, Pfandrecht I. S. 452 f., Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 27 f. und neuestens Bechmann, Eigenthumserwerb durch Accession u. s. w. S. 63 f.

als einen Complex mehrerer Einzelsachen von einer gewissen thatsächlich gegebenen Zusammengehörigkeit, für welche sich eben darum im Leben eine Kollektivbezeichnung gebildet hat, und über die Kollektivdispositionen getroffen zu werden pflegen. Solche Dispositionen sind ihrem Wesen nach ein abgekürzter Ausdruck für die Summe der gleichartigen Dispositionen, die über jede einzelne Sache ergehen sollten; und daraus bestimmt sich deren rechtliche Wirkung: das zu begründende Rechtsverhältniß entsteht an jedem der mit der Bezeichnung der Gesammtsache zusammengefaßten Objekte gerade so und unter denselben Bedingungen, als wäre solches einzeln herausgegriffen und zum Gegenstand des betreffenden Geschäftes gemacht worden; die Disposition über die „Gesammtsache" ist rechtlich identisch mit der Disposition über die gesammten Sachen.[168])

Die Andern dagegen statuiren einen wesentlichen Unterschied zwischen der bloß arithmetischen Summe der Einzelsachen und deren ideeller Gesammtheit (universitas); die Letztere sei als „ideelles Rechtsobjekt", („juristische Sache") an sich unabhängig von den rechtlichen Schicksalen ihrer körperlichen Bestandstücke, wie die universitas personarum als ideelles Rechtssubjekt von dem Wechsel der sie tragenden Einzelpersonen; es gebe demnach Rechtsverhältnisse an der Sach-Gesammtheit, von denen die Einzelsachen unmittelbar nicht berührt werden, sowie umgekehrt auch durch Dispositionen über alle Einzelsachen nicht nothwendig die Gesammtheit als solche ergriffen werden müsse. — Es versteht sich, daß von diesem Standpunkt aus Alles auf den Nachweis ankommt, welche Rechtsverhältnisse an derlei „juristischen Sachen" möglich sind (Besitz, Eigenthum, Pfandrecht, Servituten?), und wie dieselben entstehen, bestehen und aufhören.

Diese zweite Auffassung war schon in älterer Zeit vielverbreitet und wegen der scheinbar einleuchtenden Analogie zu den universitates personarum beliebt;[169]) auch heutzutage ist sie überwiegend und wurde

---

[168]) Wächter, Unger, Dernburg a. a. O., Keller, Pand. §. 45, Vangerow I. §. 71, Pagenstecher III. S. 71 f. (insbesondere S. 72, vgl. aber auch unten Note 223), Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 102.

[169]) In neuerer Zeit hat Salkowski (Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen, S. 4 f.) diese Analogie wieder hervorgezogen, um daraus für die Lehre von den universitates personarum Anhaltspunkte zu gewinnen, — ge-

in den letzten Jahren wieder durch Girtanner[170]) und Baron ausführlich entwickelt und begründet. Es wird genügen auf die Ausführungen dieser beiden neuesten Schriftsteller näher einzugehen, um uns mit der von ihnen vertretenen Auffassung auseinanderzusetzen; rücksichtlich der Aelteren (insbesondere Warnkönig, im Arch. f. civ. Prax. XI. Nr. 9.) sei lediglich auf die treffliche Erörterung von Wächter verwiesen.

Girtanner unterscheidet von vornherein zwei ihrer Natur nach von einander zu trennende Klassen der Sachgesammtheiten, nämlich

1) solche, welche lediglich durch Privatwillkühr zur universitas erhoben sind, indem ein beliebiger Komplex von Sachen dadurch als Gegenstand Einer rechtlichen Disposition erscheint, daß Eine Willenserklärung über denselben im Ganzen verfügt: „die Behandlung der Mehrheit von Sachen als ein Ganzes beruht alsdann im Wesentlichen auf dem Willen, das Recht wirkt dabei nur in sofern mit, als es Anleitung zur Interpretation des Willens gibt." Der betreffende Sachen-Inbegriff ist also nicht seiner eigenen Natur nach Ein Rechtsobjekt, sondern er ist eine Kollektion von Sachen, die kraft der vorliegenden Disposition in diesem konkreten Fall Ein juristisches Schicksal haben, — es liegt nicht universitas im eminenten Sinn, sondern „bloße Kollektivbenennung" vor;[171])

2) solche, deren rechtliche Natur als universitates von aller Privatwillkühr unabhängig auf einem Rechtssatz beruht. Hier ist es das Recht selbst, welches einen gewissen Komplex von Sachen als Eine Sache betrachtet wissen will und ihn als Objekt Eines Rechts hinstellt;[172]) „die Fähigkeit dazu kann der bloße Privatwille nicht ver-

---

wiß schon darum ein bedenkliches Unternehmen, weil ja die rechtliche Natur der Gesammtsache, zur Zeit noch, nicht minder bestritten und zweifelhaft ist, als die der Gesammtperson. Uebrigens scheint Salkowski in unserer Frage, auf die er nicht näher eingeht, den Standpunkt Girtanners einzunehmen: „... wie eine un. rer. dist., eine Sachgesammtheit, abgesehen von den in ihr enthaltenen einzelnen selbstständigen Gegenständen, als Rechtsobjekt erscheinen kann, ... wie sich bei der Sachgesammtheit die Rechtsgeschäfte auf das Ganze, nicht auf die einzelnen in ihr enthaltenen Gegenstände als solche ... beziehen" u. s. w. S. auch unten N. 224.

[170]) Den Ausführungen Girtanners folgt im Wesentlichen Windscheid, Pand. I. S. 344. Note 4.

[171]) A. a. O. S. 102, 103 f.

[172]) Ganz treffend vergleicht Girtanner das Unterscheidende dieser beiden

leihen, sie muß sich im Zusammenhang mit der thatsächlichen Beschaffenheit der Sachen auf einen Rechtssatz stützen".

Es leuchtet sofort ein, daß die Entscheidung unserer ganzen Frage davon abhängt, ob sich die, vorläufig nur hypothetische Annahme von universitates dieser zweiten Klasse [173]) durch quellenmäßigen Nachweis begründen läßt.

Diesen Nachweis nun unternimmt Girtanner und geht dabei, wie Alle vor ihm, von denjenigen Quellenstellen aus, welche von vindicatio gregis handeln, indem er aus ihnen zunächst wenigstens für die Heerde zu beweisen sucht, daß sie universitas im strengen Sinn, also Gesammtsache jener zweiten Klasse sei.

Als grundlegend und entscheidend hiefür wird die bekannte L. 1. §. 3. D. R. V. betrachtet:

Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari, Pomponius scribit... Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint, grex enim, non singula corpora vindicabuntur. (Ulpian.)

In der That ist es nach dieser und mehreren anderen, noch zu besprechenden Stellen außer Zweifel, daß die Römer die Heerde in ihrer Totalität mit Einer Vindikation verfolgen ließen, und daß Ulpian ausdrücklich das Eigenthum an der gesammten Heerde im Gegensatz zu dem an einzelnen Stücken hervorhebt. Damit scheint auf den ersten Blick allerdings der Satz erwiesen: es gibt nach R. R. Eigenthum an der Heerde als solcher und folgeweise auch Vindikation desselben.

Allein schon diese nächste Folgerung ist nicht ganz genau: Ulpian stellt nicht die Vindikation als Konsequenz des Eigenthums hin, sondern leitet umgekehrt dieses aus der Zuläßigkeit jener her, grex *enim* etc., — eine Wendung, die um so mehr Beachtung verdient, da wir auch

---

Klassen mit dem Unterschied zwischen Pertinenz und Accession: Erstere folgt der Verfügung über die Hauptsache lediglich kraft gesetzlicher Willensinterpretation, sie kann ebensowohl Eigenthum eines Dritten werden, dagegen theilt die Accession kraft rechtlicher Nothwendigkeit das Schicksal der Hauptsache.

[173]) Diese Klasse enthält ja die eigentlichen Sachgesammtheiten, die juristischen Sachen, welche gleich den natürlichen selbstständiges Objekt dinglicher Rechte sein sollen. „Nur dieser Klasse kommt diese Bezeichnung mit Recht zu." Girt. S. 104.

sonst von diesem Eigenthum am grex immer nur im Zusammenhang mit der Vindikation erfahren, und keine Stelle existirt, die dasselbe an und für sich in's Auge faßte, die uns über die Frage nach seinem Inhalt, nach seinem Erwerb und Verlust Aufschluß gäbe. Das sogenannte dominium gregis steckt für uns ganz hinter der vindicatio gregis, denn eine andere Rechtswirkung desselben bezeugen uns die Quellen nicht. Wir können also die Natur und Bedeutung dieses Eigenthums allein an diesem seinem einzigen Ausfluß erkennen und müssen darum diese vindicatio gregis genau in's Auge fassen. Es handelt sich dabei um zwei Hauptfragen: welches sind die Voraussetzungen ihrer Zuläßigkeit, wer kann gregem vindicare? — und welches ist der Erfolg der durchgeführten vindicatio gregis?

Die erstere Frage läßt sich auch so formuliren: Wann können wir mit Recht behaupten, gregem ipsum nostrum esse, und darauf gestützt mit der Gesammtvindikation vorgehen? Ohne Zweifel dann, wenn alle einzelnen Stücke der Heerde in unserem Eigenthum stehen; aber auch wenn Ein fremdes Stück darunter ist, wird dadurch die Einklagung der ganzen Heerde nicht gehindert: posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus. (L. 23. §. 5. D. h. t.) Wie nun aber, wenn der grex mehrere, vielleicht sehr viele fremde Stücke mit enthält? Hier bedarf es einer scharf abgrenzenden Regel, und eine solche stellt Paulus auf in L. 2. D. h. t. Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed ne partem dimidiam totius ejus vindicabit. Sed si majorem numerum alter habeat, ut... nihilominus gregem vindicaturus sit....

Also wem die größere Anzahl der einzelnen Stücke gehört, der vindizirt die Heerde; das Eigenthum am major numerus[174]) ist die Grundvoraussetzung unserer Gesammtklage.

---

[174]) Dabei läßt es unsere Stelle, weil sie nur zwei Interessenten voraussetzt, unentschieden, ob die dem Vindikanten gehörigen Stücke den major numerus bloß im Verhältniß zu jedem andern Interessenten, oder aber zur Gesammtzahl der Heerdenstücke bilden müssen, ob also z. B. A die ganze Heerde einklagen kann, wenn ihm 100, dem B aber 70, und dem C 50 Schafe gehören. Mir scheint diese letztere Auslegung schon darum verwerflich, weil sie bei weitergehender Zersplitterung unter viele Interessenten zu offenbaren Inkonvenienzen führen muß, s. aber auch unten Note 201. — Es ist also Girtanner S. 124 insofern beizustimmen,

Dieser Satz, den wir für das Fundament der Lehre von der vindicatio gregis halten, wird sowohl von Girtanner als Baron angegriffen. Beide stützen ihre Argumentation auf die sogleich näher zu besprechende L. 3. D. h. t., deren unzweifelhafter Inhalt mit unserer Auslegung der L. 2. cit. in Widerspruch stehen soll, ein Widerspruch, der nur dadurch zu beseitigen sei, daß man in die obigen Worte des Paulus Suppositionen hineinträgt, die zugestandermaßen in der Stelle nicht geradezu liegen. — Es soll nämlich aus L. 3. cit.: „Marcellus libro 4. Digest. scribit: Qui gregem habebat capitum 300, amissis 100 redemit totidem capita aliena ab eo, qui dominium eorum habebat, vel qui bona fide ea possidebat, et haec utique gregis inquit vindicatione continebuntur. Sed et si ea sola supersint capita, quae redemta sunt, adhuc eum posse gregem vindicare" (Ulpian) klar hervorgehen, daß auch eine solche Heerde vindizirt werden kann, „von welcher möglicherweise kein einziges Stück im Eigenthum des Vindikanten steht." [175]) Wenn dieß wahr ist, kann freilich die unmittelbar vorherstehende L. 2. cit. des Paulus nicht so, oder doch mindestens nicht so allgemein und durchgreifend aufgefaßt werden, wie ihr Wortlaut es zu verlangen scheint. Girtanner (S. 125 f.) sucht die Vereinigung beider Stellen durch folgende Unterscheidung zu bewerkstelligen: Paulus spreche von **Neubildung** einer Heerde aus theil-

---

als er den major numerus im Verhältniß „zur Zahl dieser ganzen Heerde" auffaßt, gänzlich unbegründet aber erscheint mir dessen weitere Behauptung, wonach das erforderliche Ueberwiegen des dem Vindikanten gehörigen Antheils nicht mit jedem numerischen Ueberschuß gegeben sei, sondern jenes „si majorem numerum alter habeat" vielmehr von einem so großen Antheil zu verstehen sei, „daß ihm gegenüber die dem Besitzer gehörigen Stücke als ein geringer Abgang erscheint, gleichstehend der in Folge naturgemäßen Wechsels eintretenden Minderung." Diese Deutung hat in dem ebenso kurzen als präzisen Wortlaut unserer Stelle nirgends einen Anhaltspunkt; vielmehr zeigen die von Paulus gewählten Ausdrücke par numerus, partem dimidiam, majorem numerum auf das Deutlichste, daß es ihm darum zu thun war, eine arithmetische, scharf begrenzte Regel auszusprechen, ganz im Gegensatz zur Girtanner'schen Auslegung, die hier gerade jede feste Grenze verwischen und Alles auf das Ermessen des Richters stellen will, wobei sie freilich genöthigt ist die obigen Ausdrücke „schwerlich im streng wörtlichen Sinne" zu nehmen. Unrichtig m. E. auch **Bechmann** a. a. O. S. 67, 68.

[175]) **Girtanner** S. 117. A. M. auch **Bechmann** S. 67.

weise eigenen, aber bisher noch nicht zu einem grex vereinigten, theilweise fremden Elementen — Marcellus (und Ulpian) dagegen von Ergänzung einer bereits bestehenden Heerde durch Anschaffung fremder Stücke „als Ersatz und Ausgleichung einer naturgemäß erfolgten Minderung." Nur in jenem ersteren Fall also sei die Regel des Paulus zur Anwendung zu bringen, wonach die Möglichkeit der Gesammtvindikation von dem Eigenthum am major numerus der einzelnen Stücke bedingt ist; in Fällen der zweiten Art bedürfe es dessen gar nicht, hier ergreife die Vindikation ohne weiters die fremden Stücke, gleichgiltig in welchem numerischen Verhältniß dieselben im Zeitpunkt der Klage zur Gesammtzahl der Heerde stehen.

Wäre diese von Girtanner urgirte Unterscheidung in unseren beiden Stellen wirklich enthalten, so würden wir immer noch vergeblich nach einem inneren Grund für die so verschiedene Behandlung jener beiden Fälle fragen: warum soll demjenigen, der eine Heerde sich erst gebildet hat, die gerichtliche Verfolgung derselben so viel schwerer gemacht werden, als dem, dessen grex in seinem gegenwärtigen Umfang nicht als neugebildeter, sondern als ergänzter erscheint? Hat jener nicht ebensoviel, oder (nach Umständen) wenig Recht zu behaupten, gregem ipsum meum esse? Allein diese Distinktion, deren innere Berechtigung uns von vornherein mehr als zweifelhaft erscheinen muß, findet sich gar nicht in Paulus' und Marcellus' Worten; ersterer sagt ganz allgemein „si par numerus duorum interfuerit", wie die andere, fremde Hälfte der Stücke zur Heerde gekommen ist, ob als integrirender Theil des eben erst entstehenden grex, oder als „Ergänzung" des schon bestandenen, darüber macht der Jurist nicht die leiseste Andeutung[176]) und doch soll gerade davon hier Alles abhängen! Dagegen spricht Marcellus gewiß von einer Ergänzung („redemit *totidem* capita"), aber daß diese, wie Girtanner verlangt, „Ersatz und Ausgleichung einer naturgemäßen Minderung" gewesen sei, sagt er nicht, und es ist dieß auch in dem von ihm referirten Fall weit weniger

---

[176]) Was Girtanner a. a. O. S. 127 in dieser Beziehung für sich anzuführen weiß, beschränkt sich darauf, daß Paulus, wenn er an eine Ergänzung gedacht hätte, die ausdrückliche Angabe „für wessen Heerde die fremden Stücke hinzutreten, nicht wohl hätte unterlassen dürfen"!

wahrscheinlich, als daß jene amissa centum capita das Opfer einer Seuche oder eines anderen nicht „naturgemäßen" Unfalls geworden sind. — Auch Baron[177]) verwirft, wenngleich aus anderen, unseres Ermessens nicht stichhaltigen Gründen, den vorstehenden Auslegungsversuch; er selbst sucht den Inhalt der L. 2. cit. dadurch mit der von ihm ganz im Sinn Girtanners verstandenen L. 3. pr. cit. zu vereinigen, daß er die Worte des Paulus lediglich auf den Einen Fall bezieht, wo ein Dritter zwei schon vorher als selbstständige universitates bestandene fremde Heerden zu Einer verschmilzt: dann soll derjenige von den beiden Eigenthümern sie vindiziren, dessen Heerde die größere war und die andere „propter praevalentiam" in sich aufgenommen hat; waren aber die beiden Heerden gleich groß, so kann keiner die neue Heerde — weder ganz noch halb — vindiziren, sondern nur „seinen grex." — Auch dieser Interpretation gegenüber dürfen wir nur wiederholt auf den klaren Text unseres Paulinischen Fragments verweisen, um jeden Unbefangenen zu überzeugen, daß der Stelle auch diese Subtilität völlig fremd ist.[178])

Somit stehen wir wieder vor dem scheinbaren Widerspruch zwischen L. 2. und L. 3. pr. D. R. V. Die zur Behebung desselben an der ersteren Stelle versuchten Operationen müssen wir als verunglückt bezeichnen: es erübrigt der Versuch den Grund des Mißverständnisses in der anderen Stelle aufzusuchen. Sagt dieselbe denn wirklich das, was

---

[177]) A. a. O. S. 35—37.

[178]) Daß keiner der beiden Eigenthümer (sondern ein Dritter) Besitzer sei, will Baron daraus ableiten, daß beiden aus Rechtsgründen die Vindikation abgesprochen wird, beide daher faktisch deren bedürfen müssen. Allein wenn Paulus je Einem die Vindikation ausdrücklich abspricht, so geschieht dieß unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß nicht er, sondern der Andere, oder ein Dritter — denn diesen Fall schließt der Jurist keineswegs aus, nur beschränkt er sich nicht auf ihn — Besitzer sei. Ebensowohl könnte der Jurist in unserer Stelle Beiden die Vindikation gestatten, und doch wäre die Annahme, daß Einer von Beiden der Besitzer ist, damit keineswegs ausgeschlossen, sondern jene Gestattung hätte, ganz analog der obigen Verweigerung, den Sinn: A darf vindiziren (wenn B oder ein Dritter Besitzer ist), aber auch B darf es (natürlich wenn A oder ein Dritter besitzt). — Barons weitere Unterstellung, daß die in Rede stehende Heerde aus zwei schon vorher als geschlossene Einheiten bestandenen Heerden zusammengefügt worden sei schwebt vollständig in der Luft.

Girtanner und Baron sie — im Widerspruch zu L. 2. cit. — sagen lassen? Oder ist es nicht vielmehr eine von der bisher erörterten völlig verschiedene Frage, mit der sich Marcellus und Ulpian hier beschäftigt? Wir glauben das Letztere nachweisen zu können.

Dabei sollen zunächst die Worte „vel qui bona fide ea possidebat" ganz außer Betracht bleiben; mit ihnen führt der Jurist in seine Ausführung einen zweiten ähnlichen Fall ein, den er bei Gelegenheit seiner Entscheidung über den Hauptfall gleichmäßig mitentscheidet, und der von uns unten insbesondere betrachtet werden wird. Bleiben wir aber vorläufig beim Hauptfall stehen, so geht der Ausspruch des Marcellus dahin: Wenn ich aus meiner Heerde 100 Stücke verloren hatte und an deren Stelle 100 andere durch Kauf von deren Eigenthümer nachgeschafft habe — so sind diese, wenn es nachher zur Vindikation der ganzen Heerde kommt, in dieser Klage mitbegriffen, denn sie gehören zur Heerde; ja sie bilden die Heerde und somit den alleinigen Gegenstand der Vindikation, wenn alle übrigen Stücke inzwischen etwa abgegangen sind.

Was führt unseren Juristen zu dieser Entscheidung, welchen bezweifelbaren Punkt hat er damit feststellen wollen? Oder sollte er wirklich in so umständlicher Weise die Trivialität vorgetragen haben, daß man Sachen, die man vom Eigenthümer gekauft und daher im Eigenthum hat, mit der Eigenthumsklage verfolgen könne?[179]) Gewiß nicht. Schon die sorgfältige Exposition unserer Stelle mit ihren ziemlich komplizirten Voraussetzungen; „Qui gregem habebat capitum *trecentorum* amissis *centum* redemit *totidem* capita aliena", [180])

[179]) Dieses Bedenken wird durch Girtanner's Auffassung keineswegs beseitigt; denn gesetzt auch, Marcellus hätte, wie G. meint, in unserer Stelle feststellen wollen, daß man die Heerde auch dann vindiziren könne, wenn man nicht alle, ja sogar, wenn man kein einziges Stück derselben im Eigenthum habe, — so bezöge sich dieß doch immer nur auf den von uns vorläufig bei Seite gelassenen zweiten Fall, der in den Worten „vel, qui b. f. ea possidebat" enthalten ist: für den ersten und Hauptfall („ab eo, qui dominium eorum habebat) aber, den Girtanner gänzlich fallen läßt, würde des Marcellus Entscheidung immer nur die obige Trivialität enthalten.

[180]) Diese Exposition wird von den hier bekämpften Schriftstellern ganz unbeachtet gelassen; sie sind genöthigt in derselben eine müßige Erzählung zu sehen, die Marcellus aus dem ihm vorgelegenen Rechtsfall ganz überflüßigerweise in sein

deutet darauf hin, daß es sich hier nicht um jenen allgemeinen und selbstverständlichen Satz, sondern um eine praktisch erhebliche Frage handelt. Dieselbe scheint mir in Folgendem zu liegen: Nicht jedes beliebig zusammengetriebene Rudel Vieh Einer Gattung ist eine Heerde im technischen Sinne der Landwirthschaft, ein grex; es wird hiezu bekanntlich eine gewisse innere Einheit erfordert,[181]) die ökonomische Zusammengehörigkeit aller Stücke in dem Sinne, daß sie als ein Ganzes bewirthschaftet werden; nur eine solche Heerde ist unum corpus, nur für sie gilt die vindicatio gregis. Wie nun nicht jede äußerlich vereinigte Masse von Thieren darum allein schon grex ist, so wird auch eine solche Masse durch äußerliche, bloß zufällige oder zeitweilige Vereinigung mit einem schon bestehenden grex noch keineswegs integrirender Bestandtheil desselben;[182]) sondern dieß werden die neu hinzukommenden Thiere nur durch wahre Einverleibung in das bestehende corpus, wenn sie nämlich mit der faktischen äußeren Verbindung zugleich die Bestimmung erhalten mit der Stammheerde fortan ein Ganzes zu bilden.[182a]) Daß die Hinzufügung in diesem Sinne geschehen sei, ist Voraussetzung der Gesammtvindikation, insoferne sie sich auf die hinzugefügten Stücke mit erstrecken soll: ob sie in diesem Sinne geschehen sei, ist immer quaestio facti, die im gegebenen Fall nach Lage der Umstände beantwortet werden muß; und da es hiefür an einer ausdrücklichen, in continenti erfolgten Erklärung des dominus der Natur der Sache nach in der Regel fehlen wird, so wird man,

---

Werk mit aufgenommen hat. Eine derartige Annahme ist gewiß unter allen Umständen mißlich, besonders aber in unserem Falle, wo wir nicht etwa ein Responsum, sondern ein Fragment eines systematischen Werks (Marcellus lib. 4. *Digestorum*) vor uns haben.

[181]) „... eine landwirthschaftliche, sich stets selbst erhaltende Größe und Einheit." Ihering, Geist III. S. 38. Note 22. Bechmann S. 70.

[182]) So z. B. wenn ich zu meinem grex A pr. 100 Stück noch 50 andere in den Stall stelle, die ich lediglich zum Weiterverkauf, zum Abschlachten oder Mästen angeschafft habe. Werden alle 150 Stück meinem Besitz entzogen, so kann ich mit der vind. gregis lediglich jene 100 Stück verfolgen, für die übrigen 50, die weder Bestandtheil des grex A sind, noch selbst einen grex bilden, gibt es keine vindicatio gregis.

[182a]) Es muß von jedem neu hinzugekommenen Stück gesagt werden können, daß es „immixtum fuerit gregi *augendi ejus gratia*." L. 30. §. 2. D. usurp.

um die wahre Bedeutung jener Verbindung zu erkennen, auf die umliegenden Verhältnisse Rücksicht nehmen müssen, also namentlich darauf, ob zur Zeit der fraglichen Anschaffung eine gegründete Veranlassung zur Vermehrung oder Ergänzung der Heerde als solcher vorlag. Dieß scheint mir der allgemeine Gedanke zu sein, der uns in der speciellen Entscheidung des Marcellus aufbewahrt ist. Der Jurist legt sich die Frage vor, ob capita redemta in der vind. gregis mit begriffen sind oder nicht, und beantwortet diese Frage nach der den Römern so geläufigen Weise nicht in ihrer Allgemeinheit, sondern für einen speciellen Fall, in welchem die Bedingungen der (bejahenden) Entscheidung besonders eclatant auftreten: Der Landwirth hatte einen grex von 300 Stück; nachdem er davon 100, etwa durch Seuche, verloren, machte er eine Anschaffung (amissis 100, redemit...). Schon daraus geht mit annähernder Sicherheit hervor, daß die neu angeschafften Stücke zur Ergänzung der bestehenden, lückenhaft gewordenen Heerde bestimmt waren, denn jener Verlust ist ja ausdrücklich als Veranlassung des Ankaufs bezeichnet; ganz außer Zweifel wird dieß aber dadurch gestellt, daß die Zahl der zugekauften Stücke genau der der verlorenen entspricht (redemit *totidem* capita aliena [183]): die unter diesen Umständen angeschafften 100 capita aliena sind der Heerde gewiß nicht bloß äußerlich beigesellt, sie müssen als ihrem corpus einverleibt, als nunmehr integrirender Theil derselben betrachtet werden und fallen damit von selbst unter die vind. gregis. Nicht müßig also ist die scheinbar weitläufige, von Ulpian vollständig reproducirte Exposition des Marcellus, sondern sie bildet vielmehr das wesentliche Fundament zu dessen Argumentation; gerade durch diese Voraussetzungen ist im vorliegenden Fall dessen Entscheidung „et haec utique gregis vindicatione continebuntur“ motivirt. Die über den speciellen Fall weit hinausgehende, allgemeine Bedeutung unserer Stelle aber ist: Begrenzung des Umfangs der vindicatio gregis durch den stillschweigend unterstellten Begriff des grex als wirthschaftlicher Einheit.

[183]) „Fremde Stücke,“ d. h. der Heerde fremde. Daß aliena hier statt alia stehe, wie Cujacius Obs. V. 35 meint, ist eine überflüßige Konjektur, die in den von Brissonius h. v. dafür angezogenen Stellen (L. 3. §. 7. D. de lib. hom. exhib., L. 5. D. duob. reis) keine Analogie findet; Mommsen glaubt jetzt das „aliena“ streichen zu sollen.

Nunmehr soll auch der bisher bei Seite gestellte Zwischensatz unserer Stelle, auf den das Augenmerk der Gegner ganz ausschließlich gerichtet ist, in Betracht gezogen werden. Die Worte „vel [aliena ab eo *Vulg.*] qui bona fide ea possidebat“ stellen dem eben erörterten Fall den anderen gleich, wenn die capita redemta nicht dem Eigenthümer, sondern dem b. f. possessor abgekauft wurden, also nicht ins Eigenthum, sondern bloß in den Usukapionsbesitz des Heerden-Eigenthümers gekommen waren. Und in der That macht dieß für unsere nächste Frage, für die Frage nämlich, ob diese neuen Stücke integrirender Bestandtheil der Heerde geworden sind, gar keinen Unterschied. Und ebensowenig unterliegt es nach L. 2. h. t. einem Zweifel, daß diese 100 Stücke, solange sie die Minderzahl der ganzen Heerde bilden, die Gesammtvindikation derselben nicht hindern. Wie aber, wenn die alten Stücke im Zeitpunkt der Klage auf die Minderzahl oder ganz geschwunden wären, so daß etwa die neu angeschafften jetzt allein den Bestand der Heerde ausmachen? Die Entscheidung Ulpians geht für beide Fälle — sei es, daß der Vindikant Eigenthümer, oder bloß Usukapionsbesitzer jener Stücke geworden war — dahin: Sed etsi ea sola supersint capita, quae redemta sunt, adhuc eum posse gregem vindicare. Das hat nun für den ersten Fall freilich kein Bedenken: die 100 Stück sind Bestandtheil der Heerde geworden, jetzt nach Wegfall der übrigen bilden sie allein die Heerde, und da sie sämmtlich im Eigenthum des Vindikanten stehen, ist die Zuläßigkeit der vindicatio gregis außer Zweifel. Im zweiten Fall aber kann allem Bisherigen zufolge die Eigenthumsklage nicht stattfinden; und doch scheint Ulpian sie zu gestatten, er gebraucht ausdrücklich das Wort vindicare.

Dagegen muß vor Allem noch einmal darauf hingewiesen werden, daß sich der angeführte Schlußsatz — was von den Gegnern beharrlich ignorirt wird — auf die beiden obigen Fälle zugleich bezieht, und wie bei derlei Konstruktionen nicht selten von den römischen Juristen ein Ausdruck gebraucht wird, der nur auf Einen der vorgelegten Fälle — hier wäre es der erste und Hauptfall — ganz genau paßt. Schon darum also wäre es durchaus nicht so ganz ausgemacht, daß „das einzige Wort vindicare derartige Auslegungen über den Haufen wirft.“ [184])

[184]) Girtanner S. 118.

Ueberdieß aber ist das genannte Wort keineswegs so ausschließlich für die Eigenthumsklage im Gebrauch, wie Girtanner voraussetzt, sondern wird regelmäßig angewendet, wo es sich um Geltendmachung eines absoluten Rechtsanspruchs überhaupt handelt,[185]) und insbesondere von demjenigen, der die Publiciana anstrengt, heißt es ausdrücklich: „eam rem .. *vindicat* suam esse“ (§. 4. J. de actionib.), was um so begreiflicher ist, da ja die Publiciana ihrer prozeßualischen Form nach als R. V. auftritt. Und gerade in unserer Stelle ist keine Veranlassung den Ausdruck „vindicare“ zu urgiren, weil es sich in derselben gar nicht darum handelt, ob R. V. oder Publiciana zur Anwendung kommt, sondern einzig und allein darum, ob sich die dingliche Klage auf die capita redemta mit erstreckt, oder nicht. — Demnach trage ich kein Bedenken die Meinung älterer Interpreten[186]) zu adoptiren, wonach es sich in unserer Stelle, für den zweiten Fall wenigstens, lediglich um die Publiciana handeln kann, an die Zuläßigkeit der R. V. gregis aber, wo kein Stück im Eigenthum des Vindikanten steht, und mithin an einen Widerspruch zu L. 2. cit. nicht zu denken ist.

Schon darum wird man aber überhaupt in Fällen, wie der in L. 3. cit. behandelte, eher an die Publiciana als an R. V. denken müssen, weil es hier — auch abgesehen vom leichteren Beweis — überwiegend im Interesse des Klägers liegt sich des ersteren Rechtsmittels zu bedienen, da er mit diesem regelmäßig[187]) auch die Restitution der fremden Stücke erzwingt, was auf dem Wege der R. V. nicht zu erreichen ist. — Doch auch dieß wird von Girtanner und Baron bestritten und führt uns unmittelbar zur zweiten Hauptfrage:

Welches ist der Erfolg der durchgeführten vindicatio gregis?

Dabei kommt es insbesondere wieder auf zwei Punkte an: a) Wie weit erstreckt sich die Restitutionspflicht des im Vindikationsprozeß erliegenden Heerdenbesitzers? — und b) Worüber macht das auf die vindicatio gregis hin ergangene Urtheil res judicata?

Zu a). Wenn alle einzelnen Stücke der Heerde Eigenthum des

[185]) Vgl. die Nachweisungen bei Brisson und Dirksen h. v.

[186]) S. dieselben bei Girtanner S. 117. Dagegen jetzt auch Bechmann S. 68, der die „singuläre“ Vindikation daraus rechtfertigen will, daß die Publiciana „hier formell nicht statthaft (?) war“.

[187]) Es sei denn, daß der Beklagte selbst auch Usukapionsbesitz hätte.

siegenden Klägers sind, so versteht sich von selbst, daß sie alle restituirt werden müssen; ein Zweifel über den Umfang der Restitutionspflicht des Beklagten kann also von vornherein nur rücksichtlich solcher Stücke bestehen, die zwar Bestandtheil der eingeklagten Heerde, doch aber nicht Eigenthum des Klägers sind. Und hier wären an sich drei Möglichkeiten gegeben:

Entweder der Beklagte ist unter allen Umständen zur Herausgabe der ganzen Heerde verpflichtet mit Einschluß der fremden Stücke, in so weit und weil dieselben integrirender Bestandtheil der dem Kläger zugesprochenen Heerde sind; da jedoch durch das Erkenntniß über die Gesammtvindikation keineswegs auch über das Eigenthum an den singulae res mit entschieden ist, steht es dem Eigenthümer eines solchen Stückes jederzeit frei mit der Einzelvindikation gegen den Sieger aufzutreten. Dieß wäre die strenge Konsequenz aus der von uns bekämpften Theorie; —

Oder: die Restitutionspflicht erstreckt sich nur auf diejenigen fremden Stücke, die dritten Personen gehören, seine eigenen Stücke kann der Beklagte zurückhalten; —

Oder endlich, es ergreift die Restitution schlechterdings nur die dem Vindikanten eigenthümlichen Stücke,[188]) der Beklagte hält alle aliena capita zurück, mögen diese ihm selbst oder Dritten gehören.

Die erste der hier als möglich aufgestellten Positionen ist u. W. von Niemand bisher behauptet worden, und in der That läßt sich auch daran nach den bestimmten Aussprüchen unserer Quellen gar nicht denken. Dagegen wird die zweite allerdings von Girtanner unter Beistimmung Barons als die im römischen Recht anerkannte Wirkung der vindicatio gregis betrachtet. Die dritte erscheint uns nichtsdestoweniger als die allein richtige.

Suchen wir die Entscheidung bei den Quellen, so treffen wir zunächst auf die von Girtanner für seine Meinung als beweisend angeführte L. 23. §. 5. D. h. t.

At in his, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli ho-

---

[188]) Beziehungsweise bei der actio Publiciana diejenigen Stücke, rücksichtlich deren die Erforderniſſe dieser Klage für den Kläger selbst vorhanden sind.

mines singulae oves. Ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus immixtus sit, sed et te arietem vindicare posse. (Paulus.)

Im vorliegenden Fall soll nach Girtanner (S. 112) der Eigenthümer des aries nicht zugleich Besitzer (und Beklagter) sein, da ja von seiner Vindikation die Rede ist; der aries immixtus gehört also nicht dem Beklagten, sondern einem Dritten. Nichtsdestoweniger wird nun dem Kläger die Befugniß eingeräumt die ganze Heerde zu vindiziren, ohne daß der Jurist von dem Recht des Beklagten jenen aries zurückzuhalten irgend welche Erwähnung thut; daher, meint Girtanner, soll in unserer Stelle der Ausdruck gregem vindicare „offenbar (?) auch die Restitution des fremden aries als Ersatz mit umfassen." — Allein mir scheint diese Stelle ihrer ganzen Tendenz und Fassung nach nicht geeignet, um für unsere Frage von unmittelbarem Belang zu sein. Es kommt unserem Juristen mit dem von ihm gewählten Beispiel lediglich darauf an seinen allgemeinen Satz „singulas partes retinere suam propriam speciem" zu illustriren, und dieß thut er, indem er ganz allgemein sagt: Wenn eine Heerde vorliegt, die zwar der Majorität ihrer Stücke nach mir gehört — denn dieß ist nach Paulus' eigener Regel (L. 2. h. t.) die Bedingung der vindicatio gregis — die aber Ein dir gehöriges Stück mit enthält, so kann ich den grex in seiner Gesammtheit einklagen, aber auch du kannst dein Stück vindiziren. Mehr sagt Paulus nicht, und braucht auch für seinen Zweck nicht mehr zu sagen; insbesondere sagt er nicht, ob er sich die Heerde in deinem Besitz oder in dem eines Dritten denkt,[189]) und ebensowenig, ob im letzteren Fall dieser Dritte verbunden wäre mir jenen aries mit zu restituiren oder nicht, ob sich daher deine Vindikation dann gegen mich oder gegen ihn zu richten hätte. Gerade alles das, worauf es uns hier wesentlich ankommt, ist von Girtanner in diese Stelle hineininterpretirt, in Wirklichkeit enthält sie nicht mehr, als den allgemeinen Satz, daß Gesammtvindikation und Einzelvindikation ganz wohl neben einander bestehen können, weil eben das einzelne Stück durch

[189]) Letzteres folgert Girtanner aus dem Wort vindicare. Aber es steht nichts entgegen den Fall auch so zu denken, daß ich die ganze Heerde erst gegen dich eingeklagt und restituirt erhalten habe, du aber dann deinen der Heerde beigemischten und irrthümlich mit restituirten Widder gegen mich zurückforderst.

seine Verbindung mit dem Ganzen suam propriam speciem nicht verliert; in ihr wird also die Entscheidung unserer Frage vergeblich gesucht werden. Und doch enthält sie einen indirekten Hinweis auf die richtige Beantwortung derselben, indem sie durch die ganz allgemeine Voraussetzung des möglichen Nebeneinanderstehens beider Vindikationen den Zweifel anregt, wie es denn bezüglich der Restitution zu halten sei, wenn sie beide dem dritten Besitzer gegenüber gleichzeitig angestrengt werden? Soll dann etwa der Richter dem beiderseits besiegten reus die Restitution des grex mit Einschluß des fremden aries an den Kläger A und in Einem Athem zugleich die Herausgabe des nämlichen aries an den Kläger B auftragen? —

Die bestimmte Entscheidung findet sich allein [190]) in den Schlußworten der oben schon besprochenen L. 2. h. t. von Paulus:

In restitutionem non veniunt aliena capita.

Dieser Satz ist so allgemein gefaßt, daß Girtanners Einwendung, es seien unter den aliena capita hier wohl nur dem Beklagten gehörige Stücke zu verstehen, sich von selbst erledigt. [191]) Demnach müssen wir als Ergebniß festhalten: die vindicatio gregis geht zwar, wo sie überhaupt begründet ist, auf die ganze Heerde, zur Restitution aber kommen immer nur die dem Vindikanten eigenthümlichen [192]) Stücke. [193])

[190]) Mit Unrecht zieht Girtanner S. 111, die Worte der L. 1. §. 3. h. t., hieher, sufficiet gregem ipsum nostrum esse, licet singula capita (d. h. „einzelne Stücke", nicht „die einzelnen Stücke") nostra non sint. Die Stelle spricht nicht von den Wirkungen, sondern von den Voraussetzungen der vindicatio gregis und bezeichnet als solche im Allgemeinen das „gregem ipsum nostrum esse," zu dessen Präzisirung von den Compilatoren mit Recht die L. 2. cit. hier eingeschoben ist. S. jetzt auch Bechmann S. 71.

[191]) Gegen die ganz willkürliche Voraussetzung Girtanners, daß von den in L. 2. cit. erwähnten Parteien nothwendig die eine Besitzer und Beklagter sei, auch Baron Seite 35. Doch geht dieser Letztere nicht minder zu weit, wenn er das Gegentheil als ausgemacht betrachtet: vielmehr ist die Stelle so allgemein gefaßt, daß sie für beide Fälle (mag die eine Partei, oder ein Dritter Besitzer sein) ohne Unterschied gilt. S. oben Note 178.

[192]) Siehe Note 188.

[193]) Ebenso Dernburg a. a. O. S. 456. „Auf welchen Grund hin soll der Kläger was ihm nicht gehört dem besitzenden Beklagten entreißen! Die Quellen wissen von einer solchen Befugniß nichts." — Mit Girtanner im Resultat übereinstimmend Bechmann S. 70.

Zu b) Pomponius L. 21. §. 1. D. except. rei jud. Si petiero gregem, et vel aucto vel minuto numero gregis iterum eundem gregem petam: obstabit mihi exceptio. Sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit (tunc fuerit) in eo grege, puto obstaturam exceptionem.

Hiemit ist der vorliegende Fragepunkt nach beiden Richtungen hin klar entschieden: Ist der Kläger mit seiner vindicatio gregis einmal abgewiesen, so steht ihm exceptio rei judicatae entgegen, sei es, daß er dieselbe, wenn auch inzwischen etwa vermehrte, Heerde neuerlich vindizirt, sei es, daß er auch nur ein einzelnes Stück,[194]) das im Zeitpunkt jener Gesammtvindikation Bestandtheil der Heerde war, nun mit der Einzelvindikation verfolgt. — Für den ersteren Fall wird diese Entscheidung von unseren Gegnern bereitwilligst angenommen,[195]) für den zweiten wollen sie dieselbe nicht gelten lassen[196]) und suchen sie durch folgende Konstruktion zu beseitigen: In dem zweiten Theil unserer

---

[194]) Hierin steht die vind. gregis in beachtenswerthem Gegensatz zur Behandlung der s. g. universitates rerum cohaerentium, deren begriffliche Einheit mit der univ. gregis von den Gegnern doch behauptet wird: is qui insulam petit, si caementa vel tigna, vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur *aliud* petere: et enim cujus insula est, non utique et caementa sunt; denique ea, quae juncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest. L. 7. §. 2. D. eod.

[195]) Girtanner und Baron vermeinen nämlich darin einen entscheidenden Beleg gegen die Wächter'sche Ansicht von der Natur der vind. gregis gefunden zu haben, „denn wie dürfte, wenn die vind. gregis bloß eine Häufung einer Menge Vindikationen auf je ein Stück wäre, bei Vermehrung der Heerde von einer exc. r. j. hinsichtlich der hinzugetretenen Stücke die Rede sein?" (Baron S. 38.) Darauf ist vom Wächter'schen Standpunkt zu antworten: Da mit der neuerlichen cumulativen Vindikation nicht bloß die hinzugetretenen Stücke, sondern diese und die alten, über welche bereits ein Judikat vorliegt, solidarisch eingefordert werden, so ist dieser ungetheilten Klage gegenüber jene exceptio allerdings wohl begründet.

[196]) Die Stelle hat bei den Verfechtern der universitas gregis mit Recht großen Anstoß erregt; so schon bei Warnkönig a. a. O. S. 192 f.; und Girtanner Seite 134 f. gesteht selbst zu, wie sehr dieselbe seiner ganzen Theorie zu widersprechen scheine, indem man vielmehr die Entscheidung so wie in L. 7. §. 2. eod. (Note 191) erwarten sollte. — Wohl mußte die Noth groß sein, um zu einem so verzweifelten Rettungsmittel zu treiben, wie der im Text sogleich zu erwähnende Girtanner'sche Interpretationsversuch ist.

Stelle müsse vorausgesetzt werden, daß die erste Vindikation auf die ganze Heerde noch nicht zu Ende geführt war, als derselbe Kläger mit einer neuen Vindikation auf einzelne Stücke auftrat; dränge er nun mit beiden Klagen durch, so würde er litis aestimatio für die ganze Heerde und für die einzelnen Stücke erhalten, also theilweise bis idem; er müsse daher mit der zweiten Klage abgewiesen werden, ne de eadem re bis sit actio,[197]) doch sei die ihm entgegenzusetzende Einrede dann freilich nicht sowohl eine eigentliche exceptio rei judicatae, als vielmehr die exceptio rei in judicium deductae. — Schwerlich dürfte ein Unbefangener geneigt sein sich durch diese Interpretation das mit dem ersten Blick auf die L. 21. §. 1. cit. gewonnene Resultat wieder entreißen zu lassen; der Girtanner'sche Erklärungsversuch erfreut sich weder innerer Wahrscheinlichkeit, noch irgend eines haltbaren Stützpunktes im Text der Quellenstelle selbst, seine Rechtfertigung (?) liegt allein in der für Girtanners Theorie allerdings unabweisbaren Nothwendigkeit mit einem Quellenzeugniß von so einschneidender Bedeutung — wenn anders die Theorie gehalten werden soll — wohl oder übel fertig zu werden. —

Wir kennen jetzt die Natur der vindicatio gregis: sie steht demjenigen zu, dem das Eigenthum der überwiegenden Stückzahl einer bestehenden Heerde gehört, sie bewirkt im Fall des Sieges Restitution der dem Kläger gehörigen Stücke, entscheidet also für jedes einzelne Stück die Frage, ob es diesem gehöre oder nicht, und macht eben darum ihm gegenüber rücksichtlich jedes Stückes res judicata. In diesen beiden letzten Beziehungen also wirkt sie genau so, wie die Durchführung der Summe einzelner, auf jedes Stück besonders gerichteter Vindikationen wirken würde. Dieß hat Wächter und Dernburg veranlaßt die vindicatio gregis wirklich für eine, lediglich aus formellen Gründen zugelassene, abgekürzte Gestalt einer solchen Summe zu erklären; sie wäre dann gleichsam nur der Sack, in welchen die Einzelvindikationen der Bequemlichkeit halber zusammengepackt und vor den Richter gebracht werden. Doch scheint diese Auffassung mit dem vorzüglichen Gewicht, das die Quellen allenthalben auf die vindicatio gregis

[197]) Es wird also dabei doch zugegeben, daß es sich bei grex und singula capita — theilweise wenigstens — um eadem res handelt.

im Unterschied von der Verfolgung einzelner Stücke legen,[198]) nicht recht vereinbar: es muß die Heerdenvindikation an sich gegenüber den Klagen auf die einzelnen Stücke einen Vorzug von großer praktischer Wichtigkeit gehabt haben,[199]) da die Quellen so oft und nachdrücklich darauf zurückkommen, daß und unter welchen Bedingungen man sich ihrer bedienen dürfe. Diesen Vorzug aber können wir nur in einer dem Kläger günstigen Vertheilung der Beweislast finden. Zwar ist es aus den Quellen, die ja überhaupt über Beweislast so spärlich fließen, nicht direkt zu erweisen, aber es ist nur eine Anwendung anerkannter Grundsätze, wenn wir annehmen, der Heerdenvindikant habe eben nur die Voraussetzungen seiner vindicatio zu beweisen gehabt, also das Eigenthum an dem major numerus (L. 2. h. t.), dagegen sei es Sache des Beklagten gewesen die aliena capita, die er zurückhalten wollte, als solche nachzuweisen. Wer rücksichtlich einer Menge von Viehstücken, die als Heerde zu betrachten sind,[200]) den Beweis geführt hat, daß die überwiegende Mehrheit derselben sein eigen sei, der hat die Präsumtion für sich, daß auch die übrigen ihm gehören[201]) —

---

[198]) z. B. L. 1. §. 3. D. h. t. — Bemerkenswerth ist auch, daß Paulus in L. 2. cit. die aliena capita keineswegs von der Vindikation, wie Wächter sagen müßte, sondern nur von der Restitution ausnimmt. Girtanner a. a. O. S. 113.

[199]) Doch darf dieser m. E. nicht „in den Eigenthümlichkeiten des römischen Prozeßverfahrens" gesucht werden, wie Dernburg S. 457 behauptet; derselbe meint: „Es konnte die Rede davon nicht sein, daß der Vindikant einer zahlreichen Heerde für jedes Stück eine besondere Klage erbat und erhielt. Man hätte also — falls nicht eine vind. gregis gegeben wurde — die Zahl von Schafen, welche die Heerde ausmachten und deren Eigenthum man ansprach, in der Klage fordern müssen. Die Folge einer solchen Klagart aber wäre gewesen, daß der Kläger völlig abgewiesen werden mußte, wenn sich in der beanspruchten Zahl auch nur ein fremdes Stück gefunden hätte." Allein warum sollte diese Schwierigkeit, wenn sie wirklich bestand, gerade nur bei der Heerde jene singuläre Abhilfe gefunden haben, oder wäre etwa bei einer Bibliothek, einem Waarenvorrath u. s. w. nach Obigem das Bedürfniß einer ähnlichen Gesammtklage weniger dringend gewesen? Und doch gab man sie bekanntlich nicht.

[200]) Siehe oben bei Note 181.

[201]) Ist dieß richtig, so liegt darin wieder eine Bestätigung unserer obigen Auslegung des Wortes „major numerus" (N. 174), denn nur wenn dieß von der absoluten Majorität verstanden wird, hat eine derartige Präsumtion einen Sinn.

das ist die materielle Singularität, die in der Lehre von der vindicatio gregis steckt.[202]) Die Zulassung der Gesammtklage erscheint als die prozeßualische Form dieser Singularität. Ihr theoretischer Ausdruck ist die Annahme des Eigenthums an der Heerde als solcher, das „gregem ipsum nostrum esse" Ulpians.

Hiemit haben wir den praktischen Inhalt dieses „dominium gregis"; derselbe ist erschöpft in dem eben bezeichneten rechtlichen Vortheil und gebunden an die Voraussetzung des Eigenthums der major pars capitum. Ganz überflüßig erscheint demnach die von den Quellen mit Recht übergangene Frage, auf welchen Wegen dieses Heerdeneigenthum erworben werden könne; es entsteht nothwendig und selbstverständlich mit dem Erwerb des Eigenthums an der mehrerwähnten Stückzahl, gleichgiltig wie dieses erworben wurde, ob durch Tradition, Ersitzung, Legat u. s. w. Trotzdem will Girtanner (S. 230 f.) Erwerb des dominium gregis durch Tradition der Heerde als universitas annehmen;[203]) da er jedoch die Möglichkeit des Besitzes an der universitas als solcher mit Recht verneint, vermag er diese traditio gregis nicht anders zu konstruiren, als vermittelst der ganzen Reihe der Einzeltraditionen: so wird die universitas auf Seiten des Gebers durch Zerlegung vernichtet und feiert beim Nehmer, der sie wieder zusammenfügt, ihre Auferstehung. Aber ist das Tradition der Heerde? So gewiß durch einen solchen Vorgang das entsteht, was man immerhin Eigenthum an der Heerde nennen kann, so gewiß enthält und ist derselbe nichts weiter, als eine Summe gewöhnlicher Traditionen, deren Objekt je Ein caput ist; „traditio gregis" im Sinn Girtan-

[202]) Der Grund zur Aufstellung derselben ist schwerlich mit Sicherheit zu ermitteln; gewiß war er kein juristischer, sondern ein landwirthschaftlich-ökonomischer. Vgl. die Konjektur Ihering's III. S. 38. — Gegen den Mißbrauch dieses in favorem der Viehzüchter bestehenden Rechtsmittels schützte (abgesehen von den empfindlichen Folgen, die der Prozeßverlust in Rom überhaupt — in vortheilhaftem Gegensatz zur Laxheit unserer heutigen Einrichtungen — stets nach sich zog) hier insbesondere noch die Bestimmung der L. 21. §. 1. cit.: Konnte der angebliche Heerdeneigenthümer den zur Begründung der angestrengten gregis vind. erforderlichen Beweis (Eigenthum an der Mehrzahl) nicht erbringen, so verlor er dadurch auch die Möglichkeit einzelne, erweislich ihm gehörende Stücke einzuklagen.

[203]) In anderem Sinn hatte dieß schon Warnkönig a. a. O. S. 196 unter Berufung auf L. 35. §. 6. D. contr. emt. gethan. Dagegen Wächter S. 19.

ners bleibt so lange ein widersprechender Begriff, als man zugibt, die Heerde sei ein Begriffsganzes,[204]) das als solches weder ergriffen noch besessen werden kann.[205])

So viel über das s. g. dominium gregis. Die zunächstliegende Frage ist nun, ob das römische Recht in paralleler Ausdehnung der eben erwähnten Anomalie auch demjenigen, der etwa den Ususfruktus oder ein Pfandrecht an der Mehrzahl der eine Heerde bildenden Stücke nachweisen kann, eine ähnliche Gesammtpetitio in dem Sinn ertheilt habe, daß für ihn die Präsumtion der gleichen Berechtigung auch rücksichtlich der übrigen capita stritte, — m. a. W. ob es analog dem dominium gregis auch Servituten und Pfandrecht an der Heerde als solcher geben könne?

Baron bejaht diese Frage für beide Fälle; wir müssen sie für beide verneinen[206]) und können uns hier, was zuerst das Pfandrecht anbelangt, Baron gegenüber darauf beschränken auf dessen eigene dießbezügliche Ausführungen (S. 51 f.) hinzuweisen, als deren Resultat er selbst angibt: „so gewiß (??) wir sind, daß es ein Pfandrecht an der un. r. gibt, ebenso gewiß ist es, daß es aus den Quellen sich nicht erweisen läßt; es ist hier eine Lücke (?) im Korpus juris." S. 54.

Was aber die Servituten, oder bestimmter den Ususfruktus betrifft, (denn von diesem allein spricht Baron), so halten wir die obige Frage für in unserem Sinn entschieden, wenn wir konstatiren: daß von der Zulassung einer Gesammtpetitio des Ususfruktus an einer Heerde (analog zur vindicatio gregis) sich in den Quellen so wenig eine Spur findet, als von der Möglichkeit des Bestehens eines Usufrukts an der ganzen Heerde neben einem solchen[207]) an einzelnen Stücken. Letzteres wäre nur ein anderer Ausdruck für das Erstere, wie oben die Annahme eines dominium gregis neben dem Eigenthum der singula capita, —

---

[204]) Wenn man, wie Baron, dieß läugnet, kann man freilich ohne inkonsequent zu werden auch traditio gregis annehmen. S. unten S. 238 f.

[205]) Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. L. 43. §. 1. D. aqu. dom.

[206]) Derselben Ansicht: Wächter S. 20 f., Unger I. S. 486, Dernburg I. Seite 458.

[207]) Oder auch — was zu denselben Folgerungen berechtigen würde — neben dem dominium plenum an einzelnen Stücken.

nach beiden suchen wir in den Quellen vergebens und sind daher berechtigt zu behaupten: die Römer haben die dem Heerden-Eigenthümer aus besonderen Gründen zugestandene singuläre Erleichterung der Geltendmachung seines Rechts auf den Heerden-Usufruktuar nicht ausgedehnt. Den Beweis seiner entgegengesetzten Behauptung will Baron (S. 46 f.) aus einer Reihe von Stellen führen, in welchen gesagt wird, daß derjenige, dem der Nießbrauch einer Heerde vermacht ist, den Abgang einzelner Stücke „ex. agnatis“ zu ersetzen verpflichtet sei, nicht aber der, dem nur eine Anzahl einzelner Stücke legirt ist;[208]) ferner, daß im ersten Fall der Legatar gar nichts erhält, wenn zur Zeit des dies cedens die Heerde als solche nicht mehr existirt, sondern nur einzelne Stücke derselben, die zusammen nicht mehr eine Heerde zu bilden vermögen.[209]) Allein daß diese und ähnliche Stellen gegen unsere Ansicht nichts beweisen, kann als ausgemacht betrachtet werden: sie enthalten keineswegs charakteristische Rechtswirkungen aus der besonderen Natur der Heerde als einer universitas rerum,[210]) sondern ihre Entscheidungen beruhen allein auf Interpretation des Erblasser'schen Willens.[211]) —

---

[208]) L. 68. §. 2, L. 69, 70. §. 3. D. de usufr. et quemadm. quis. (7, 1.)

[209]) L. 31. D. quib. mod. usufr. am. (7, 4.) cf. L. 10. §. 8. eod.

[210]) Dieß geht schon daraus hervor, daß in L. 10. §. 8. cit. die quadriga in Rücksicht auf jene Frage ganz ebenso behandelt wird, wie oben der grex: „Quadrigae usufructu legato, si unus ex equis decesserit, an extinguatur ususfructus quaeritur. Ego puto multum interesse, *equorum* an *quadrigae* ususfructus sit legatus: nam si equorum, supererit in residuis; si quadrigae, non remanebit, quoniam quadriga esse desiit.“ (Ulp.) Hieraus müßte man, um mit Baron zu gehen, den Schluß ziehen, es gebe auch einen ususfructus, ein dominium quadrigae, so daß, wer seine Berechtigung zu drei Pferden nachweisen kann, befugt wäre alle vier einzuklagen! (Richtig behandelt den Fall des quadrigae ususfructus legatus Girtanner S. 148—150.)

[211]) „Wer Jemanden den Nießbrauch an einer Heerde einräumt, will, daß die Heerde als solche, gleichsam als Grundstock und Kapital fortbestehe und in gehörigem Stand erhalten werde, daher der Usufruktuar die Verpflichtung hat die abgängigen Stücke zu ergänzen.“ Unger I. S. 480. N. 35. Was Baron S. 47 hiegegen vorbringt: „Das Recht will es, auf den Willen des Bestellers kommt nichts an; damit ist Ungers Interpretationstheorie widerlegt“ — ist ebenso bündig als falsch. Denn wie, wenn der Erblasser dem Legatar ausdrücklich das gregem supplere erlassen hätte? wäre dadurch etwa „die Natur der universitas

Noch mehr aber will Baron aus jenen Quellenstellen erweisen: daß die universitas gregis nicht, wie man doch allgemein als selbstverständlich annimmt, ein Begriffswesen, sondern daß sie in der That eine körperliche Sache sei, an der es nicht nur dingliche Rechte, sondern auch Besitz geben könne.[212] Zunächst beruft er sich hiefür auf die Möglichkeit des Nießbrauchs an der Heerde als universitas: „nulla servitus sine re“, daher müsse die Heerde res im eigentlichen, palpablen Sinn sein; doch dieses Argument fällt für uns, die wir den ususfructus gregis in diesem Sinn läugnen müssen, hinweg. Außerdem aber führt Baron für seine Meinung noch insbesondere die L. 68. §. 2. und L. 69. D. t. cit. an:

Plane si gregis vel armenti sit ususfructus legatus, debebit ex agnatis gregem supplere; id est in locum capitum defunctorum (L. 69) vel inutilium alia summittere: ut post substituta fiant propria fructuarii, ne lucro ea res cedat domino. Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt ejus esse. Nam alioquin quod nascitur fructuarii est et, cum substituit, desinit ejus esse. (Ulp., Pomp.)

Hieraus soll sich die Wahrheit der Baron'schen Behauptung doppelt ergeben: Einmal sage ja die Stelle, daß der Usufruktuar zur Substitution nur aus den Erzeugnissen der Heerde verpflichtet ist, nur so weit als der Organismus der Heerde selbst das Material dazu hervorbringt: dieß aber sei „organische Reparatur“ und beweise unmittelbar die Körperlichkeit des grex, „denn organisch reparirt kann nur ein Körper werden“. Sodann, der Nießbraucher erwirbt im Augenblick der Substitution das Eigenthum derjenigen Stücke, an deren Statt substituirt wird, der dominus proprietatis verliert deren Eigenthum „ex natura fructus“, somit „gehören die unbrauchbaren Stücke dem

---

gregis“ geändert? Gewiß nicht, denn diese ist vorhanden, „mag der Besteller sie (die Heerde) als Grundstock ansehen oder nicht“: also müßte auch hier, nach Baron, „der Wille des Rechts“ ohne Rücksicht auf die ihm gegenüber ohnmächtige Privatdisposition zur Geltung gebracht und der Legatar zur Ergänzung der Heerde verhalten werden.

[212]) a. a. O. S. 41, 48. Dieselbe Ansicht hat schon früher Beseler, D. Privatrecht (1. Aufl.) II. §. 77 für das deutsche Recht aufgestellt ohne sich jedoch auf eine nähere Erklärung und Begründung einzulassen.

Fruktuar als Früchte, d. h. nicht etwa als Ersatz für die eingestellten Stücke"; sie sind Früchte der Heerde als solcher: also diese ein Körper, denn „etwas Fingirtes trägt keine Früchte". — Diese ganze Argumentation beruht einerseits auf ganz willkürlicher Mißdeutung unserer Quellenstelle,[213]) andererseits auf einem groben Sophismus, indem sie das beliebte und vielgequälte Wort „organisch", welches in der obigen Anwendung nur bildlich zu verstehen war, zu einem auf der Hand liegenden Trugschluß mißbraucht.

Aber wahrlich man sollte glauben, es bedürfe der Rechtsquellen nicht, um die Frage zu beantworten, ob die Heerde als solche Gegenstand sinnlicher Wahrnehmung, also ein Körper sei.[214]) Seit Aristoteles schon weiß man, daß abstrakte Begriffe — und alle Kollektivbegriffe sind solche — nothwendig zugleich subjektive sein müssen; auch hat noch Niemand eine Heerde unmittelbar wahrgenommen:[215]) wer eine solche zu sehen glaubt, sieht in der That nur die „corpora plura".[216])

Ist aber die Heerde kein Körper, so kann sie nicht besessen werden; dieß sagt denn auch ausdrücklich Pomponius in der bekannten L. 30. §. 2. D. usurp.:[217])

---

[213]) Sagt denn nicht Pomponius recht ausdrücklich, der Nießbraucher gewinne das Eigenthum jener Stücke, „ne lucro ea res cedat domino?" Also allerdings gerade zum Ersatz für die substituirten Stücke, die sonst sein Eigenthum würden (nam alioquin . . .) erhält er sie. — Und kann man denn im Ernst die so theuer erkauften ausgemusterten capita Früchte der Heerde nennen? Der Nießbraucher, welcher ein junges Stück Vieh hingeben muß, um dafür ein altes „caput inutile" einzutauschen, dürfte in der Bezeichnung dieses Geschäfts als „frui" doch wohl nur Ironie empfinden.

[214]) Wer einer philosophischen Betrachtung der Dinge nicht ganz fern steht, den muß es Wunder nehmen zu sehen, wie man für die Unkörperlichkeit der Kollektivsachen, — oder gar für das Gegentheil — nach Beweisen in den römischen Rechtsquellen sucht: gesetzt es gäbe einen römischen Senatsbeschluß, der die Heerde in feierlichster Form für eine körperliche Sache erklärt, — wir müßten mit Gajus (L. 2. §. 1. D. 7, 5.) erwidern: „Auch durch Senatsbeschluß kann die Natur der Dinge nicht verändert werden."

[215]) Es ist kaum nöthig daran zu erinnern, daß es ein psychologischer Prozeß ist, der aus den sinnlichen Einzelwahrnehmungen die „Heerde" entstehen läßt.

[216]) . . . corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta (in diesem Gegensatz liegt die Erklärung des „non soluta"), sicuti populus, legio, *grex*. L. 30. pr. D. usurpat.

[217]) An der Unmöglichkeit eines Besitzes der Heerde hat auf Grund dieser

Non autem grex universus sic capitur usu, quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. Quid ergo est? Etsi ea natura ejus est, ut adjectionibus corporum maneat idem, non tamen universi gregis ulla est usucapio, *sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio.* Nec si quid emtum immixtum fuerit gregi augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut, si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ovis, *sed singulae suam causam habebunt* ita, ut si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur.

Diese Stelle hätte für immer genügen sollen, um den — an sich schon innerlich unmöglichen — Gedanken einer possessio universitatis gregis nicht aufkommen zu lassen. Gleichwohl ist Girtanner (S. 231 f.) geneigt einen solchen Besitz anzunehmen und läßt diesen Gedanken nur darum wieder fallen, weil er die praktische Bedeutung eines solchen Besitzes negirt. Hingegen behauptet Baron (S. 58 f.) mit großer Entschiedenheit, es gebe allerdings Besitz an der universitas gregis als solcher neben dem Besitz an den singula capita. Dabei bereitet die Beseitigung des „scheinbar" allerdings geradezu entgegenstehenden Zeugnisses von Pomponius diesem mehr als kühnen Interpreten keine erhebliche Schwierigkeit. Baron unterscheidet innerhalb des vorliegenden Falles zwei Möglichkeiten: entweder die einzelnen Schafe sind von ihrem jetzigen Besitzer erst zur Heerde vereinigt, oder sie existirten bereits früher als solche beisammen. Diese Unterscheidung soll alle Schwierigkeiten heben, denn „offenbar" hatte Pomponius nur den ersten Fall im Auge und nur auf ihn bezieht sich jener unbequeme Ausspruch „singulorum animalium etc." — den anderen Fall aber „läßt er bei Seite". Und gerade für diesen letzteren Fall sei ohne Zweifel Besitz und Ersitzung der Heerde anzunehmen.

Was nun den negativen (gegen die Quellenstelle gerichteten) Theil dieser Beweisführung anbelangt, so lehrt ein unbefangener Blick auf unser Fragment, daß es so allgemein und umfassend lautet,[218]) als nur

Stelle die ältere Doktrin stets festgehalten; vgl. Unger I. S. 485. Ueber eine abweichende Meinung der Glosse, Girtanner S. 232, Note 121. Theilweise a. M. auch Warnkönig S. 196 f., der zwischen Usukapions- und Interdiktenbesitz unterscheiden will; dagegen Baron S. 56.

[218]) Auch Girtanner hat sich an dieser Stelle vergriffen, indem er sie fol-

möglich: „non tamen universi gregis *ulla* est usucapio.“ Von der obigen Unterscheidung findet sich hier keine Spur, und nicht ohne Grund ist dieselbe daher „von den bisherigen Schriftstellern übersehen worden“. (S. 58.) Den positiven Beweis seines Satzes aber bleibt Baron, wie natürlich, schuldig; statt dessen nur die Betrachtung: „Es wäre in der That höchst auffallend, wenn es keine Usukapion des dominium gregis gäbe; dann gäbe es keine possessio, und also auch keine traditio gregis. Wenn aber keine Tradition, wozu dann überhaupt das dominium gregis?“ (S. 57.) — Wir überlassen es mit Beruhigung dem Leser diesen Zweifeln zu begegnen und gehen in unserer Untersuchung einen Schritt weiter.

Bisher war immer nur von der Heerde die Rede: es fragt sich weiter, ob die Römer die für den grex[219]) geltenden Grundsätze auch bei andern Kollektivsachen zur Anwendung gebracht haben? Die Frage wird jetzt mit Recht allseitig verneint; Girtanner selbst hat (S. 144 bis 152) ausführlich nachgewiesen, daß, wo in den Quellen von anderen Sachgesammtheiten die Rede ist (taberna, instrumentum fundi, armamenta navis, quadriga, familia), diese lediglich „als Kollektivbezeichnung in Betracht kommen“, mithin in die erste der obigen beiden Klassen von universitates gehören.[220])

Die von der vindicatio gregis handelnden Quellenzeugnisse allein sind es also, auf die man die Theorie von den „juristischen Sachen“ zu gründen versucht hat; wir haben dieselben im Vorstehenden einzeln geprüft und allerdings in der rechtlichen Behandlung des grex Einen singulären Zug gefunden, die Zulassung der Gesammtvindikation mit den oben entwickelten Erfordernissen und Wirkungen. Allein diese Singularität ist, wie wir ferner gesehen haben, keineswegs geeignet die

---

gendermaßen reproduzirt: „Besitz und Usukapion finden bei einer grex nicht in derselben Weise, wie bei andern Sachen Statt;“ (S. 233) dieß scheint mir nicht sowohl eine „Umschreibung“, als eine Entstellung der angeführten Worte des Pomponius zu sein.

[219]) „Grex“ wird hier in seinem weitern Sinn verstanden, wonach es nicht bloß gewisse Gattungen, sondern alle Thiere, quae gregatim habentur (L. 1. §. 3. D. R. V.) in sich begreift.

[220]) Ebenso (und insbesondere auch für Bibliotheken und Gemäldegallerien) Baron S. 64, 65.

weittragenden Konsequenzen, die man aus ihr für die ganze Theorie der Sachen gezogen hat, zu rechtfertigen: Es gibt — trotz der vindicatio gregis — kein Rechtsverhältniß an der Heerde in ihrer Gesammtheit; nicht an der universitas gregis in diesem modern-technischen Sinn, sondern nur an den einzelnen Stücken derselben ist Besitz, Pfandrecht, Nießbrauch, und endlich auch Eigenthum möglich. Denn jenes „gregem ipsum nostrum esse“ ist nicht etwa der technische Ausdruck für ein (logisch unmögliches) Recht an dem ideellen Objekt, sondern es bezeichnet lediglich die obige Singularität durch die Intentio, mittelst welcher sich der Kläger den mehrerwähnten prozessualischen Vortheil sichert. Nicht „gregem ipsum“ erhält ja der siegende Vindikant, sondern nur diejenigen capita, welche die formelle Wahrheit des — hier zu seinen Gunsten regulirten — Beweisverfahrens als sein Eigenthum herausgestellt haben wird.

Mithin gehört auch die Heerde nicht zu der zweiten Girtanner'schen Klasse der Gesammtsachen, den universitates im eminenten Sinn[221]) — und damit steht fest, daß es solche *universitates* überhaupt nicht gibt.[222]) Wo uns auf dem Rechtsgebiet Sachgesammtheiten begegnen, da sind sie es nur im Sinn der von Girtanner so genannten ersten — für uns einzigen — Kategorie: Komplexe von mehreren Sachen, die an und für sich miteinander rechtlich nichts gemein haben, singulae (res) suam causam habebunt (L. 30. §. 2. D. usurpat.), singulas partes retinere suam propriam speciem (L. 23. §. 5. D. R. V.); ihre thatsächliche Zusammengehörigkeit erhält erst dann auch rechtliche Bedeutung,[223]) wenn über den ganzen

---

[221]) Oben Note 173.

[222]) Girtanner selbst hält, wie gesagt, seinen Begriff der universitas nach R.-R. für beschränkt auf den grex, will denselben aber für das heutige Recht ausgedehnt wissen auf alle Kollektivsachen, deren einzelne Bestandtheile Einem Zweck dienstbar sind, und bei welchen ein Wechsel der Theile an sich möglich, d. h. wo keiner derselben für den Bestand des Ganzen wesentlich ist. (S. 214 f.) Baron dagegen weiß „kein neues Beispiel anzuführen, welches sich in unserer Zeit als univ. rer. dist. entwickelt hätte“, (S. 64) und bleibt demnach auch für das heutige Recht beim grex allein stehen. — „Wozu der Lärm?“ möchte man fragen, wenn diese ganze Theorie der universitates rerum, von der Heerde allein abstrahirt, auch für die Heerde allein Geltung haben soll.

[223]) Die oben erörterte, bei der Heerde allein aufgenommene Singularität

Komplex Eine Disposition (Kollektivwillenserklärung) ergangen ist und die Frage sich aufwirft, inwiefern kraft dieser Willenserklärung jedes einzelne Stück von dem so begründeten Rechtsverhältniß betroffen wird.[224]) Denn die Disposition über ein derartiges Kollektivum (Heerde, Bibliothek, Gemäldesammlung u. s. w.) ist keine Disposition über ein Abstraktum, sondern über den konkreten Inhalt des allgemeinen Begriffs: „Ich verkaufe meine Schafheerde x" ist im Wesentlichen nichts Anderes als ein abgekürzter Ausdruck für „ich verkaufe meine Schafe a, b, c u. s. w.", die zusammen meine Heerde x bilden; ganz ebenso ist das Vermächtniß einer Geldsumme „an meine Eskadronskameraden" eine Zuwendung an die Personen A, B, C u. s. w., die in einem bestimmten Zeitpunkt in einer bestimmten Eskadron dienten. So wenig aber darum die Eskadron eine juristische Person ist, so wenig ist die Schafheerde eine juristische Sache.

Wir haben es hier mit Kollektivbegriffen zu thun, die das Leben erzeugt und die Rechtswissenschaft in sofern berücksichtigen muß, als sie den Verkehr beherrschen und bei der juristischen Analyse der Verkehrserscheinungen mit in Rechnung gezogen werden müssen: stets aber sind sie nur Hilfsmittel der **Willensinterpretation**, nicht, wie die fingirten Personen, der juristischen **Konstruktion**. —

---

des röm. Rechts hinsichtlich der Beweislast kann m. E. für das heutige gemeine Recht nicht mehr gelten: im heutigen Güterverkehr wäre eine derartig singuläre Begünstigung gerade des Heerdenvindikanten durch Nichts gerechtfertigt. A. M. **Pagenstecher** III. S. 78. „Verwechselte man die Heerde mit der Summe der Thiere, dann müßte man jenen Kläger das Eigenthum über jedes einzelne Thier zeigen lassen, — eine unsägliche Schwierigkeit für den Richter, ein so zusammengestricktes Netz vieler Prozesse in einen Akten zu prüfen! Die Logik läßt dieß nicht zu." Und doch hat es die Logik von jeher (schon bei den Römern) zulassen müssen, daß man die Bibliothek mit den einzelnen Büchern, die taberna mit den einzelnen Waaren „verwechselte"! Vgl. oben Note 220.

[224]) Es kann sich hier nur darum handeln, **welche** von den Bestandstücken einer bestimmten universitas unter das Rechtsverhältniß fallen (ob nur die in einem bestimmten Moment vorhanden gewesenen, oder auch die neu hinzutretenden u. s. w.) — immer aber sind es nur die Stücke, nicht die universitas als solche, woran das Rechtsverhältniß haftet. Unklar zwischen den beiden entgegengesetzten Auffassungen schwankend ist **Salkowski** a. a. O. S. 5, wenn er einerseits „das Ganze in seiner konkreten Erscheinung", andererseits aber „**auch**" die in demselben enthaltenen „einzelnen Gegenstände" von dem rechtlichen Nexus ergriffen werden läßt.

Wenden wir uns nach dieser Orientirung auf dem Boden des gemeinen Rechts zu den dürftigen Bestimmungen zurück, die das österreichische Gesetzbuch über unsere Materie enthält: so finden wir darin Nichts, was mit der eben entwickelten richtigen Auffassung von der rechtlichen Natur der s. g. Gesammtsachen im Widerspruch stände. Der §. 302 gibt[225]) eine gemeinfaßliche Umschreibung des vulgären Begriffs der „Gesammtsachen", indem er sie dadurch charakterisirt, daß sie „als Eine Sache angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen", ganz wie dieß Pomponius in der angeführten L. 30. pr. D. usurpat. thut, dessen Beispiele „populus, legio, grex" denn auch zu der Definition unseres Gesetzes vollkommen passen. Daß nun aber solche Sachenkomplexe, wie sie das Bedürfniß des sprachlichen Verkehrs zur begrifflichen Einheit zusammenfaßt, vom Recht auch zur juristischen Einheit in dem Sinn erhoben würden, wie die oben bekämpfte Ansicht dieß behauptet, dafür findet sich im österreichischen Recht so wenig, als im gemeinen, ein gegründeter Anhaltspunkt: es gibt keine Stelle im a. b. Gb., auf Grund deren wir zur Annahme berechtigt wären, daß das Eigenthum an einer Bibliothek sich mit gewissen Rechtswirkungen auch über solche Theile derselben erstrecke, die, einzeln betrachtet, nicht in unserem Eigenthum stehen, oder daß man gleichwohl Fruchtnießer der ganzen Heerde sei, auch wenn man an einer kleinen oder großen Anzahl einzelner Stücke derselben gar keine Berechtigung hat: wer nach österreichischem Recht eine Bibliothek vindizirt, muß (wie nach gemeinem Recht) sein Eigenthumsrecht an jedem Buch nachweisen; denn es ist eben die Summe aller Bücher, die er einklagt.

Wenn es also im §. 302 cit. weiter heißt, derlei „Inbegriffe" werden „als ein Ganzes betrachtet", so liegt darin nicht die Erhebung derselben zu „ideellen Rechtsobjekten" — denn dadurch würden materielle

---

[225]) Unmittelbar ist dieser §. dem preuß. L.-Rt. (I. 2, §. 32) entnommen, welches selbst wieder die gemeinrechtlichen Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts zum Vorbild hat; s. z. B. Höpfner §. 278 „Res universalis hingegen bestehet aus mehreren, von einander verschiedenen und abgesonderten Dingen, die zusammen als Ein Ding angesehen und unter Einem gemeinschaftlichen Namen begriffen werden;" und Glück II. S. 491. „Man versteht darunter einen Inbegriff mehrerer einzelner Sachen unter einem gemeinschaftlichen Namen, die zusammen ein Ganzes ausmachen."

Konsequenzen bedingt, die das österreichische Recht in der That nicht kennt[226]) — sondern es ist damit lediglich die überflüssige,[227]) weil in dieser Allgemeinheit unbrauchbare, Interpretationsregel ausgesprochen, daß bei Verfügungen über eine Mehrheit von Sachen, die ihrer thatsächlichen Zusammengehörigkeit wegen im Leben als ein Ganzes betrachtet zu werden pflegen, auf diese ihre Beschaffenheit auch rechtlich (d. h. bei Interpretation eines betreffenden Willensakts) die entsprechende Rücksicht zu nehmen sei. Und nur eine Anwendung dieser Interpretation ist es, wenn von einzelnen Commentatoren[228]) zu unserem

[226]) Unger (I. S. 483, Note 43, 62) stützt seine entgegengesetzte Ansicht, daß es nach österr. Recht allerdings Eigenthum und Pfandrecht an der Gesammtsache als solcher gebe, auf die Zuläßigkeit der symbolischen Tradition (§. 427, 452). Allein gesetzt auch, es würde durch die symbolische Tradition bewiesen, daß das österreich. Recht die „Gesammtsache" als eine unkörperliche betrachtet (vgl. dagegen Note 160, 230. Pr. L.-Rt. I. 20. §. 330, Zeiller II. S. 28, 223), so wüßten wir damit vorerst nur, wie das „Eigenthum" an einer solchen erworben werden kann: was es ist, d. h. durch welche charakteristischen Rechtswirkungen sich ein derartiges Rechtsverhältniß an der Gesammtheit von dem Eigenthum an den Einzelsachen unterscheidet, das müßte auf dem Boden des österr. Rechts erst noch nachgewiesen werden; ohne diesen Nachweis bleibt das „Eigenthum der Gesammtsache als solcher" — mag auch den Verfassern unseres Gesetzbuchs etwas der Art vorgeschwebt haben — ein materiell inhaltsloser und darum juristisch unbrauchbarer Begriff. — Die m. E. richtige Ansicht über unsere Frage hat Schuster, „Ueber den Begriff der Gesammtsachen", Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit, 1835. I. S. 225 f. Derselbe hat, auch noch dem heutigen Stand der Frage gegenüber, den entscheidenden Punkt getroffen, wenn er S. 227 dagegen eifert, „daß man nicht ebenso, wie es in den Werken mehrerer Civilisten geschieht (s. Girtanner!), aus der natürlichen Beschaffenheit der Gesammtsachen etwa Eigenheiten und damit verbundene rechtliche Wirkungen folgere, welche den einzelnen Sachen nicht zukommen, indem sie jederzeit nur scheinbar sind, weil sie immer ihren Grund in dem Willen der Vertragschließenden oder des Erblassers haben." Freilich spendet Schuster sodann dem §. 302 a. b. Gb. ein sehr unverdientes Lob, indem er es für dessen „Absicht" erklärt uns vor jenen Mißverständnissen zu „warnen".

[227]) Der §. 302 a. b. Gb., der im Westgaliz. Gesetzbuch noch fehlt, verdankt seine Aufnahme m. E. allein dem theoretischen Bedürfniß, in dem Abschnitt „von Sachen und ihrer rechtlichen Eintheilung" auch die gangbare Schuleintheilung in Einzel- und Gesammtsachen nicht unerwähnt zu lassen.

[228]) S. Zeiller II. S. 28, Nippel III. S. 34, 460. Sie folgen hierin dem Pr. L.-Rt., welches dieselben Folgerungen an seine Begriffsbestimmung der Gesammtsache anschließt. I. 2. §. 32, 36—39.

Paragraph die Frage erörtert wird, in wiefern ein für eine Sachgesammtheit errichtetes Rechtsverhältniß die zu ihr neu hinzutretenden Stücke mit ergreife, die ausscheidenden aber entlasse. Denn es ist nicht eine juristische Konsequenz aus dem Begriff der universitas (in dem oben verworfenen Sinn), daß unter Umständen die einzelnen Sachen nur in sofern und für so lange, als sie der Gesammtheit angehören, in dem betreffenden Rechtsverhältniß stehen;[229]) vielmehr erklärt sich dieß, wo es stattfindet, allein und zur Genüge daraus, daß der rechtserzeugende Wille der Parteien, die „Kollektivwillenserklärung", schon ursprünglich auf die Bestellung eines Rechtsverhältnisses mit derartig elastischem Umfang gerichtet war.

Auch nach österreichischem Recht gibt es also kein dingliches Recht an der universitas als solcher: Das Eigenthum, das Pfandrecht, der Nießbrauch an der „Gesammtsache" ist Eigenthum, Pfandrecht u. s. w. an den gesammten Einzelsachen.[230]) Erwerben kann man diese dinglichen Rechte, wie sonst, durch Tradition, also Apprehension des Besitzes an den in der „Gesammtsache" enthaltenen Gegenständen. Darin liegt nun wieder für uns keine Schwierigkeit[231]), wohl aber für die oben dargestellte ältere Lehrmeinung, welcher Tradition hier identisch war mit de manu in manum translatio jedes einzelnen Stückes. Wenn aber schon bei Einzelsachen unter Umständen, wie oben gezeigt ist, diese Erwerbsart, als zu schwerfällig und darum für den Verkehr unbrauchbar, aushilfsweise durch eine mehr gefügige Vertragsform ersetzt wurde, so mußte dieß bei den „Gesammtsachen" um so dringender geboten erscheinen. So oft es sich um die Veräußerung einer größeren Heerde, Bibliothek, Gemäldesammlung, eines Waarenvorrathes u. s. w.

---

[229]) Das wird auch von Girtanner (S. 192 f.) und Baron (S. 52) zugegeben.

[230]) Von der richtigen Auffassung dieses Verhältnisses zeugt Zeiller's Behauptung, daß „ungeachtet des Abgangs einzelner Stücke die Befugnisse und Lasten noch auf dem übrigen Inbegriffe, oder auch nur auf einem einzelnen übrigenden Stücke verbleiben" (II. S. 28); denn hätte das fragliche Recht den (ideellen) Inbegriff als solchen zum Gegenstand, wie dieß z. B. Girtanner für das gemeine und Unger für das österr. Recht annehmen, so müßte dasselbe nothwendig erlöschen, sobald durch den Untergang aller Stücke bis auf Eines der „Inbegriff" vernichtet ist.

[231]) Vgl. oben S. 97. Note 27.

handelt, erweist sich vor Allem das praktisch Unzureichende der „traditio“ (vera); auf derlei Sachenkomplexe hat man darum schon früh die traditiones symbolicae angewendet[232]); jene sind recht eigentlich „Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen“ im Sinn[233]) des §. 427. a. b. Gb. Aus den oben erörterten Verkehrsrücksichten[234]) also statuirt das österreichische Recht für Kollektivsachen die symbolische Tradition: nicht weil die „Gesammtsache“ als unkörperliches, ideelles Rechtsobjekt aufgefaßt wird, sondern weil sie in der Regel nur allzu körperlich ist, um „körperlich“, d. h. von Hand zu Hand übergeben zu werden.

Die Formen, durch welche diese symbolische Tradition effektuirt werden kann, sind oben dargestellt; ebenso steht es nach der vorstehenden Untersuchung über die rechtliche Natur der „Gesammtsachen“ für uns fest, daß das aus jener symbolischen Tradition entspringende Rechtsverhältniß an den einzelnen Stücken, nicht an deren ideellem Inbegriff haftet; was aber den jeweiligen Umfang dieses Rechtsverhältnisses anbelangt, so gehört die Bestimmung desselben, weil sie sich nicht im Allgemeinen, sondern nur unter spezieller Berücksichtigung der Natur einer vorliegenden Sachgesammtheit und des an ihr bestellten Rechts geben läßt, nicht in den Bereich unserer Aufgabe, sondern zur Darstellung der hier in Betracht kommenden einzelnen Rechtsverhältnisse. In der Lehre vom Pfandrecht, von den Personalservituten also müßte die Frage gelöst werden, unter welchen Umständen das durch symbolische Tradition einer Gesammtsache bestellte Pfand- oder Nießbrauchsrecht nur die im Augenblick der Bestellung ihr angehörenden Stücke ergreift, wann aber dasselbe auch die später einverleibten vom Moment dieser Einverleibung ab mit umfaßt, und ebenso, unter welchen Voraussetzungen der Austritt eines Stückes aus der Gesammtheit zugleich dessen Austritt aus dem rechtlichen Nexus nach sich zieht[235]). Diese

---

[232]) Quotidiana docet experientia multas fieri traditiones symbolicas exempli gratia in vendendis bonis, quae *„geradae“* nomine veniunt, *nec non rebus expeditoriis* (d. i. Heergeräthe), quarum loco plerumque claves .... etc. Püttmann, Miscell. cap. 36. p. 381. Cf. Eyles l. c. p. 12.

[233]) Oben Note 160.

[234]) „Quo expeditior esset ratio commerciorum.“ Vinnius l. c. N. 38.

[235]) L. 13. pr. L. 34. pr. D. de pignoribus. S. über diese im Einzelnen

Fragen sind, wie gleichfalls schon oben angedeutet wurde, lediglich Interpretationsfragen, Fragen nach der muthmaßlich intendirten Tragweite des von den Parteien errichteten Geschäfts (symb. Tradition), die mit der juristischen Konstruktion dieses letzteren in keiner Weise zusammenhängen.[236]) —

Hiemit ist die Lehre von der symbolischen Tradition des österreichischen Rechts, soweit dieselbe den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung berührt, erschöpft[237]): wir haben die rechtliche Natur dieses Instituts zu entwickeln versucht, sodann die verschiedenen Formen seiner Anwendung und den Umfang seiner Anwendbarkeit auf dem Gebiet des Sachenverkehrs festgestellt, und so einerseits die Analogien, andrerseits aber auch den wesentlichen Gegensatz beleuchtet, welchen diese eigenthümliche Gruppe von Formen des dinglichen Vertrags der echten Tradition gegenüber darbietet. Schließlich mag nun hier noch die bereits oben für den besondern Fall der Connossementsübertragung berührte Frage erledigt werden, inwieferne es denn gerechtfertigt sei, wenn man die bisher dargestellten, unter sich wieder so vielfach verschiedenen Erwerbsformen mit der Gesammtbezeichnung der „symbolischen Tradition" zusammenfaßt. Daß dieselben nicht Tradition sind und daher nur uneigentlich und unpassend so genannt werden, bedarf

---

vielfach bestrittene Materie Leyser, Sp. 223. m. 6. Sp. 224. m. 6 (pignus bibliothecae, instrumenti rustici, suppelectilis domesticae, mundi muliebris, tabernae), Behmer, Nov. j. controv. II. observ. 115., Glück, Bd. 18. S. 235, Gesterding, Pfrt. S. 64 f., Wächter, a. a. O. S. 21 f., Vangerow, I., S. 822, Puchta, Vorles. I. S. 429 (5. Aufl.), Dernburg, I. S. 458 f., Unger, a. a. O. Note 62., Zeiller, II. S. 28, Nippel, III. S. 33, 460 f., Stubenrauch, II. S. 38. — Ungers Behauptung, es gelte nach österr. Recht „ganz allgemein der Grundsatz, daß mit dem Heraustritt der einzelnen Sache aus der universitas der Pfandnexus aufhöre", ist in dieser Allgemeinheit wohl nicht haltbar, und insbesondere die Begründung dieses Satzes damit, daß „an den einzelnen Sachen als solchen nach österr. Recht nur ein Faustpfand stattfinden kann", sicher unrichtig (s. oben Note 62 a): wie das Pfandrecht an der in die universitas eintretenden Sache ohne Besitz entstanden ist, ebenso kann es an der austretenden ohne Besitz fortbestehen.

[236]) Dernburg, a. a. O.

[237]) Ueber die Rechtswirkungen der symb. Tradition, insbesondere im Fall der Kollision mit echter Tradition, wird unten (Kap. VIII.) noch das Nöthige folgen.

keiner Wiederholung, nur darum kann es sich noch handeln, ob sie in Wahrheit ein symbolisches Element enthalten, wodurch sie sich vor anderen Formen des Sacherwerbs auszeichnen.

Der Begriff des Symbols wird von unseren Schriftstellern keineswegs übereinstimmend, von den Meisten aber zu beschränkt gefaßt; so sagt Böcking[238]): „Symbol ist die Darstellung eines abstrakten Begriffs durch das Bild eines körperlichen Gegenstandes." Gewiß muß das Symbol immer ein Aeußeres, in die Sinne Fallendes sein, ein bloß Gedachtes, ein Begriff ist nie Symbol; allein ebenso gewiß braucht dasselbe kein Körper zu sein; vielmehr sind es zumeist gerade Akte, äußerlich hervortretende Handlungen, denen wir auf dem Rechtsgebiet als Symbolen begegnen.[239]) In dieser Beziehung richtiger bezeichnet Puchta[240]) das Symbol als „ein äußeres Zeichen für ein Geistiges" und sagt Ihering[241]): „Symbol ist ein sinnliches Ausdrucksmittel für etwas Uebersinnliches." Nach einer anderen Richtung jedoch scheinen auch diese Begriffsbestimmungen noch zu eng zu sein: so wenig das Symbol ein Körperliches sein muß, so wenig ist das durch das Symbol Bezeichnete nothwendig ein Geistiges, Uebersinnliches. Zwar in der Regel wird es ein solches sein, weil eben die abstrakte Natur des Darzustellenden zumeist die Veranlassung ist, daß man sich zu der Darstellung eines Symbols bedient[242]), gleichwohl ist dieß nicht immer der Fall: so ist die bekannte Erdscholle im römischen Vindikationsprozeß Symbol des streitigen fundus, der Rasen und Zweig bei der germanischen scotatio Symbol des zu veräußernden Grundstücks;[243]) auch körperliche Dinge können also symbolisch dargestellt werden. — Ferner aber ist es offenbar, daß nicht jedes „sinnliche

---

[238]) Pandekten, I., §. 88, Note 10.

[239]) S. darüber Leist, Manzipation und Tradition, S. 152 f., wo zahlreiche Beispiele aufgezählt sind.

[240]) Inst. II. §. 161.

[241]) Geist d. R. R. II. S. 534.

[242]) Der Art sind die meisten auf dem Rechtsgebiet vorkommenden Symbole, wo es sich eben darum handelt den rechtlichen (übersinnlichen) Vorgang äußerlich darzustellen.

[243]) Das aes bei der Manzipation ist nicht Symbol des Preises, wohl aber des aes dare Symbol der Preiszahlung.

Ausdrucksmittel für etwas Uebersinnliches, Geistiges" ein Symbol ist; es fehlen hier noch spezifische Merkmale: Vor Allem gehört es zum Wesen des Symbols, daß es ein Anderes sinnbildlich (nicht bloß „sinnlich", aber auch nicht blos bildlich [243a]) verkörpere; das Symbol muß, wie Böcking richtig hervorhebt, Bild sein: es muß den Zweck und die Wirkung haben durch seine Erscheinung im Geist dessen, dem es erscheint, vermittelst Ideenassoziation [243b]) jenes Andere, für das es erscheint, (dessen „Gleichniß" [244]) es ist,) zu reproduziren. [244a]) Dieses Bild aber — und dieß ist das zweite wesentliche Merkmal des Symbols — darf sich nicht auf willkürliche Annahme gründen, jene Ideenassoziation, durch die das Bild wirkt, darf nicht eine individuelle sein, die nur durch bestimmte Umstände und für bestimmte Personen vorhanden ist: das Symbol muß ein traditionelles Bild dessen sein, was vorgestellt wird; m. a. W. überall, wo wir ein „Symbolisches" finden, da beruht jene Beziehung zwischen dem Zeichen und dem zu Bezeichnenden nicht auf individuellen Momenten, sondern auf einer hergebrachten und darum gemeingültigen Anschauung. [245]) — Es

---

[243a]) Letzteres übersieht Ihering, a. a. O., welcher meint, man müsse jener Scholle u. s. w. den Charakter des Symbols absprechen, denn „sonst könnte man auch das Gemälde, die Skizze ein Symbol des Gegenstands nennen, den sie darstellen sollen." Allein das Porträt, die Kopie u. s. w. ist wohl Bild des Originals, aber nicht Sinnbild, sondern nur Abbild; ganz anders jene Scholle: sie stellt den streitigen fundus nicht eigentlich dar (das thun Flurkarten und Risse), sondern sie stellt ihn (im Prozeß) vor.

[243b]) Durch Ideenassociation, nicht durch unmittelbare Anschauung; hierin unterscheidet sich das Sinnbild vom bloßen Abbild („Bild" im vulgären Sinn).

[244]) συμβάλλειν = zusammenstellen, vergleichen.

[244a]) ... symbolum nihil aliud est, quam res occulti aliquid denotans, qua visa vel audita, id quod significatur, animo statim conjicere licet. Otto, Jurispr. symbolica, p. 8.

[245]) Schwarze Gewänder sind Symbol der Familientrauer: Wenn aber, der alten Fabel zufolge, Theseus mit Aegäus übereinkommt, er werde für den Fall des unglücklichen Ausgangs seiner Unternehmung das heimkehrende Schiff mit schwarzen Segeln beziehen lassen, so sind diese im vorliegenden Fall nicht Symbol jenes Unglücks, sondern nur Signal desselben (für Aegäus). — Vgl. Otto l. c. ... in nonnullis (symbolis) similitudo quaedam et communitas naturae apparet, ut tamen conventio expressa (?) vel mos diuturnus eam comitetur.

gibt also symbolische Sachen[246]) und symbolische Akte;[247]) zuweilen kombiniren sich beide Arten, indem eine symbolische Handlung vermittelst einer symbolischen Sache vorgenommen wird, wie bei der deutschen Uebertragung durch Rasen und Zweig, wo dieser Symbol des betreffenden Grundstücks und der feierliche Akt seiner Ueberreichung Symbol der Rechtsübertragung ist.

Unsere „symbolische Tradition" hat es nun aber weder mit symbolischen Sachen, noch mit symbolischen Handlungen zu thun: Urkunden und Werkzeuge sind keine Symbole des Eigenthums, Pfandrechts oder Nießbrauchs; und die Uebergabe dieser Gegenstände ist so wenig ein symbolischer Akt, als die Signirung des Vertragsobjekts durch ein „Merkmal" der oben geschilderten Art (§. 427). Das ergibt ein vergleichender Blick auf den eben entwickelten Begriff des Symbols: wenn die Bürger einer belagerten Stadt dem Sieger die Schlüssel und Privilegien der Stadt entgegentragen, so ist dieß allerdings eine symbolische Handlung, es bedeutet die Unterwerfung, — nicht so, wenn Jemand dem Käufer seiner Weinvorräthe die Kellerschlüssel[248]) übergibt, oder dem Käufer seiner verpfändeten Uhr den betreffenden Versatzzettel einhändigt; Symbol ist es, wenn in alter Zeit dem die Kreuzfahrt gelobenden Ritter Kreuz und Schwert auf die Brust geheftet wurde, — nicht aber, wenn man dem verkauften Pferd den Namenszug des Käufers auf den Leib brennt. Es ist demnach ein ganz unbestimmter und verschwommener Begriff vom „Symbolischen", der der älteren Doktrin vorschwebte, wenn sie in den Fällen des §. 427. a. b. Gb. Erwerb durch symbolische Handlungen erblickte:[249]) diese

---

[246]) z. B. die Biene Symbol des Fleißes, das Schwert = Gerechtigkeit, hasta = dominium ex j. Quirit. u. s. w.

[247]) Besonders zahlreich und theilweise sehr bezeichnend sind die symb. Akte des älteren deutschen Rechts. S. Grimm, Rechtsalterth. S. 109 f., Leist a. a. O.

[248]) Im ersteren Fall sind die Schlüssel so zu sagen imaginär; der Eroberer bedarf der Schlüssel nicht mehr, um in die überwundene Stadt zu kommen, der Käufer im zweiten Fall braucht und erhält sie zu dem Zweck, um sich in den Besitz des gekauften Weins zu setzen.

[249]) Einige der älteren Schriftsteller beschränken den Begriff der symb. Tradition lediglich auf die Fälle, wo ein „symbolum", d. h. eine (angeblich) symbolische Sache übergeben wird, z. B. Höpfner, Comm. S. 247 „man kann einem

haben mit Symbolen in der That nur die allgemeine Aehnlichkeit, daß sie ein Anderes (die echte Tradition) „repräsentiren",[250]) allein sie sind nicht, wie Symbole, bestimmt und geeignet dasselbe sinnlich vorzustellen: sie bedeuten die Tradition nicht, sondern ersetzen sie;[251]) kurz, die Urkundenübergabe, Signirung u. s. w. ist nicht Bild der Rechtsübertragung, sondern nur Form derselben.

---

statt der Sache etwas übergeben, das die Sache vorstellt. Dieß heißt die symbolische Uebergabe..", die Meisten aber beziehen auch die Uebergabe durch Signirung, wie das a. b. Gb., mit unter die symb. Tradition. Vgl. oben Note 20.

[250]) „non res ipsa traditur, sed actus aliquis repraesentans traditionem celebratur." Huber, oben Note 20.

[251]) Jenes „repräsentiren" ist eben kein „vorstellen", sondern will nur sagen, daß durch die betreffenden Akte rechtlich dasselbe erreicht werden kann, wie durch Tradition; das Wort „repraesentare" ist daher streng genommen hier so wenig am Platz, als wenn man etwa sagen wollte, die Adoption „repräsentire" die Erzeugung.

VII.

Einfluß des Zwangs, Betrugs und Irrthums auf die Giltigkeit der Tradition.

Die Frage nach dem Einfluß, welchen Zwang, Betrug und Irrthum auf die rechtliche Wirksamkeit eines Willensaktes üben, ist eine von jenen, die bei jedem Theil des Rechtssystems gleichmäßig wiederkehren, deren Beantwortung (dem Prinzip nach wenigstens) daher von allen neueren Rechtslehrern der Darstellung der einzelnen Rechts-Institute vorangeschickt wird. Nicht so die Verfasser des a. b. Gb.; sie handeln von gedachten Lehren nirgends im Allgemeinen und durchgreifend, sondern haben es vorgezogen die betreffenden Fragen bei den einzelnen Materien des Systems, wo und in soweit dieselben dazu Veranlassung zu bieten schienen, zur Entscheidung zu bringen: so im Ehe-, Erb- und Obligationenrecht.[1]) Im Sachenrecht sind diese Fragen gänzlich übergangen, so daß es hinsichtlich der dinglichen Verträge an jeder Norm über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte im Falle unterlaufenen Zwanges 2c. durchaus fehlt.[2])

---

[1]) Zwang: Vgl. §§. 55, 95. — §. 542. — §§. 870, 874, 875, 1487. Betrug und Irrthum: §§. 57, 59, 95. — §§. 542, 570, 572. — §§. 870—876, 1385, 1487.

[2]) Aber nicht bloß für die dinglichen Verträge, sondern ebenso überall dort, wo der einseitige Wille Rechtswirkungen auf dem Gebiet des Sachenrechts erzeugt, — also namentlich in der Lehre von Okkupation und Dereliktion — ist die Theorie über den Einfluß des Zwanges u. s. w. von Bedeutung. Man denke an die Fälle, wo Jemand durch Drohung, Betrug oder wesentlichen Irrthum bewogen wird seine Sache zu derelinquiren.

Augenscheinlich rührt dieser Mangel daher, daß die Verfasser des Gb., sich des Gegensatzes obligatorischer und dinglicher Verträge nicht bewußt, mit den Normen über jene zugleich diese getroffen glaubten. In diesem historischen Moment aber liegt für uns die Berechtigung die vom Gb. (§§. 870—877) für obligatorische Verträge aufgestellten Grundsätze auch auf die dinglichen Verträge anzuwenden, was um so weniger einem Anstand unterliegen kann, da für die Anwendung verschiedener Grundsätze auf diese beiden Klassen von Verträgen kein innerer Grund vorliegt.

A. Zwang.[3])

1) Von Zwang im vulgären Sinn des Worts, — gewaltsames Einwirken auf eine Person, um sich gegen deren Willen in den Besitz des Traditionsobjekts zu setzen — kann hier nicht die Rede sein; daß in einem solchen Fall, wo es am Vertragswillen gänzlich fehlt, ein rechtlich wirksamer Akt nicht vorliegt, versteht sich von selbst (§. 869 init.), in der Regel wird nicht einmal der Schein eines solchen entstehen.

2) Anders aber wenn der Kontrahent den Traditionswillen zwar gehabt hat, dieser sein Wille jedoch kein durchaus spontaner war, sondern unter dem Einfluß einer Frucht entsprang, welche das Ergebniß einer von einer andern Person ausgegangenen Drohung von gewisser Beschaffenheit (s. g. vis compulsiva) war. Hier fragt es sich: welches Maß von Rechtswirksamkeit einem solchen erzwungenen Willen beizulegen sei.

Bekanntlich stellt das römische Recht an die Spitze dieser Lehre den Satz: coacta voluntas etiam voluntas (L. 21. §. 5. D. quod metus. cf. L. 21, 22. D. ritu nupt.), welcher nichts Anderes besagt, als daß ein unter dem Einfluß von Drohungen erklärter Wille nichts desto weniger Wille sei, und daher ipso jure dieselben Rechtswirkungen erzeugen müsse, als wäre er ganz unbefangen gefaßt worden. Gebietet dieß einerseits die strenge Rechtskonsequenz, so ist anderseits eine so

---

[3]) Savigny, Syst. III. §. 114, Vangerow III. S. 300 f., Unger II. §. 80, Wächter, Handb. II. S. 761 f., Windscheid I. §. 80, Schliemann, die Lehre vom Zwange, 1861. — Die allgemeine Lehre von den rechtlichen Folgen des Zwangs bietet in ihrer Anwendung auf den speziellen Fall der Tradition nichts Besonderes dar; ich beschränke mich daher auf die Hauptpunkte und verweise im Uebrigen auf die citirten Schriftsteller.

geartete unbefugte Einwirkung auf den Willen eines Andern eine Unsittlichkeit, und es verlangt die Billigkeit, daß diesem gegen die juristischen Folgen seiner eigenen — an sich vollkommen giltigen — Handlung geholfen werde.[4])

Dieß geschieht nach römischem Recht dadurch, daß dem Gezwungenen ein persönlicher, aber gegen jeden Dritten (insofern dieser durch den Zwang bereichert erscheint) wirksamer Anspruch,[5]) die actio (in

---

[4]) ... vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est. L. 116 pr. D. R. J. Eine solche comprobatio aber läge darin, wenn der erzwungenen Willenserklärung durchaus derselbe Effekt beigelegt würde, wie der freien. — Die im Text angedeuteten, seit Savigny allgemein angenommenen Grundsätze werden neuerdings von Schliemann in der angef. Schrift ausführlich bekämpft: Derselbe behauptet für das röm. Recht einen nicht zu beseitigenden (s. aber Vangerow S. 301) Widerspruch der Quellen (§. 8—10), und will für das heutige gemeine Recht die Nichtigkeit des erzwungenen Geschäfts als Regel anerkannt wissen (§. 15, 16). Auf eine Kritik dieser Ausführungen, welche schwerlich geeignet sind die herrschende Meinung zu erschüttern, kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. gegen Schliemann Dworzak, Oesterr. Vierteljahrsschrift IX. S. 36 f., Bekker, Pözl's Zeitschr. (München) III. S. 180 f., Windscheid, Pand. I. Seite 174, 175.

[5]) ... in hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit. L 14. §. 3, L. 9. §. 8. D. h. t., L. 4. §. 33. D. dol. mal. except. 44, 4. Diesen Satz will Vangerow III. S. 302 nicht ohne Unterschied gelten lassen. „Wenn — meint derselbe unter Berufung auf L. 9. §. 1. fin. D. h. t. — der Zwang nicht vom Kontrahenten selbst, sondern von einem Dritten ausgeht," so soll er nur dann jene rechtliche Wirkung haben, wenn er „zu dem Zweck zugefügt wurde, um die Abschließung des Vertrags herbeizuführen", nicht aber dann, wenn „der Vertrag die nicht beabsichtigte Folge des Zwangs war". Es genügte sonach in diesem Fall nicht, daß der Kontrahent unter dem Einfluß eines metus gehandelt hat; um auf diesen metus auch Dritten gegenüber einen Anspruch zu gründen, erforderte es überdieß noch ein subjektives Moment im animus des Zwingenden, dieser müßte nämlich mit seinen Drohungen den Vertragsabschluß bezweckt, denselben mit Bewußtsein erpreßt haben. Angenommen dieß wäre richtig, so scheint mir zunächst, daß kein innerer Grund vorläge dieß Erforderniß nur da aufzustellen, wo es sich um Geltendmachung des metus Dritten gegenüber handelt. Denn entweder es geht der Prätor von dem Gedanken aus: es geht nicht an Rechtsgeschäften, die Einer durch vis illicita erzwingen wollte und erzwungen hat, Vollwirksamkeit beizumessen, es wäre das ein praemium criminis, — und damit verlegt er den Schwerpunkt auf die Seite des Zwingenden; oder aber es leitet ihn der Grundsatz: es wäre contra bonos mores eine Willens-

rem scripta) ex edicto: quod metus causa gestum erit, gegeben ist, sowie durch die entsprechende exceptio und In Int. Restitutio.

---

erklärung, die aus rechtswidrig erzeugter Furcht entsprungen ist, anzuerkennen; die bloße Thatsache, daß ein Geschäft als metus causa gestum erscheint, ruft gegen die nachtheiligen Folgen desselben eine höhere Gerechtigkeit (aequitas) zu Hilfe, gleichviel zu welchem Endzweck diese Furcht war erregt worden, — und hier liegt der Schwerpunkt der Betrachtung auf der Seite des Gezwungenen. Keine dieser beiden Gedankenreihen führt konsequenterweise dahin zu unterscheiden, ob der verpönte Zwang dem Zwingenden selbst, oder einem Dritten entgegengestellt wird: entweder es hilft der Prätor nur unter den Voraussetzungen des ersten Falls (wenn die Furcht eingejagt wurde, um gerade diese Willenserklärung zu erpressen), oder auch unter denen des zweiten; jedesmal aber muß er Jedem gegenüber (absolut) helfen, so gewiß der Zwang eine schreiende Unbill ist, quem comprobare contra bonos mores est (L. 116. pr. D. R. J.). Auch läßt sich nicht behaupten, es liege in einer Erpreßung (im obigen Sinn) regelmäßig ein schwereres Unrecht, als in der Zufügung von Drohungen, deren Absicht nicht auf das vorliegende Rechtsgeschäft ging, und es sei daraus zu rechtfertigen, wenn Fälle der ersteren Art in höherem Grad durch das Gesetz berücksichtigt würden; die Unsittlichkeit der vis (compulsiva) liegt in dem unberechtigten Druck, den der Zwingende auf die Selbstbestimmung eines Menschen übt, sie ist um so größer, je härter dieser Druck ist, je schwerer es dem leidenden Theil gemacht wird sich demselben zu entziehen. Ob der Zwingende bei seinen Drohungen die Absicht ein gewisses Rechtsgeschäft zu erzwingen überhaupt gehabt, ob der Gezwungene im Zustand des metus dieses Geschäft, oder vielleicht ein anderes, wodurch er sich dem angedrohten Uebel zu entziehen vermeinte, abgeschlossen hat, ist für die Frage nach der Größe des von Ersterem begangenen Unrechts gleichgiltig. — Von jenen beiden möglichen Grundgedanken ist nun aber gewiß der oben zuletzt angeführte derjenige, auf dem in der That die prätorischen Rechtsmittel zu Gunsten des Gezwungenen beruhen; das ergibt sich aus dem Gesammtinhalt der Quellen (vgl. z. B. L. 7. §. 1, L. 8. §. 2. D. h. t., wo sich die Absicht der Erpreßung nicht wohl subintelligiren läßt, u. a. m.), und wird allgemein zugegeben. Somit spricht nach dem eben Gesagten die innere Konsequenz gegen die von Vangerow für den besprochenen Fall behauptete Einschränkung der Wirksamkeit des metus auf den Urheber desselben. Dagegen spricht auch der Umstand, daß die röm. Juristen es wiederholt und bestimmt aussprechen, es komme beim metus (im Gegensatz zum dolus) durchaus nicht darauf an, von wem derselbe ausgegangen, es sei das gar nicht zu untersuchen, wo es sich um die Statthaftigkeit der except. quod. met. handle. (non quaeritur . . . L. 14. §. 3. D. cit., non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino m. c. factum est aliquid a quocunque, non tantum ab eo, qui agit. L. 4. §. 33. D. cit.) Unmöglich könnte Ulpian dieses Prinzip (für welches er

sogar einen psychologischen Grund aufzustellen versucht, §. 3. cit. verb. „nam cum metus“ etc.) als ein so allgemeines und durchgreifendes hinstellen, wenn es mit dem von Vangerow vertheidigten Satz seine Richtigkeit hätte. Und dieser Satz soll gerade aus einem Fragment Ulpians sich ergeben, der einzigen Stelle, die Vangerow für seine Ansicht anführt; es ist dieß L. 9. §. 1. fin. D. h. t. Sed scilicet vim factam a quocunque Praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium, vel latronum, vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid a te accepero vel te obligavero: non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc vim tibi summisi; caeterum si alienus sum a vi, teneri me non debere: ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor. Denselben Fall behandelt Paulus, Sent. recept. I. 7. §. 5. Si aliquis, ut se de vi latronum, vel hostium, vel populi liberaret, aliquid mancipavit aut promisit, ad metum non pertinet: mercedem enim depulsi metus tribuit. In beiden Stellen handelt es sich darum, daß Jemand, von Räubern oder Feinden in eine Nothlage versetzt, sich den Beistand eines dritten Unbetheiligten durch Hingabe einer Sache oder Eingehung einer Obligation erkauft. Dieser Vertrag nun soll nicht unter das Edikt fallen, wenn nur der Empfänger wirklich unbetheiligt (alienus a vi) war, — nisi ipse tibi vim summisi. Diese letzteren Worte sind es, welche die Annahme zu rechtfertigen scheinen, als ob es — im Widerspruch zu dem obigen allgemeinen Grundsatz — unter Umständen doch darauf ankomme, von wem die vis ausgegangen sei. Allein eine genauere Prüfung des vorliegenden Falls und der in beiden Stellen getroffenen Entscheidung wird ergeben, daß dieselben keine Ausnahme, sondern vielmehr korrekte Anwendungen unserer Regel enthalten. Faßt man zunächst die dem Sinn nach identischen Schlußsätze unserer beiden Stellen ins Auge, so zeigt sich sofort, daß sie die beiden Juristen für ihre Entscheidung maßgebende Erwägung enthalten: die von mir in der bewußten Weise gemachte Erwerbung soll rechtsgiltig bestehen, „weil ich ja darin nur den Preis für meine aufgewendete Mühe erhalten habe.“ Das ist gewiß billig; wie aber, wenn ich mich damit nicht begnügend die augenblickliche Zwangslage jenes Menschen — die ich nicht herbeigeführt hatte — gewinnsüchtig ausgenutzt, und ihm für seine Befreiung eine Summe abgenommen hätte, deren Höhe so außer allem Verhältniß zu meiner Dienstleistung steht, daß sie unmöglich unter den Gesichtspunkt eines Preises für dieselbe gebracht werden könnte? Hätte Ulpian auch hier sagen können, operae potius meae mercedem accepisse videor? Gewiß nicht; somit müssen wir annehmen, daß in dem konkreten Fall, der unseren Juristen vorlag und Veranlassung jener beiden Stellen wurde, die Sachen dergestalt lagen, daß wirklich der Bedrängte seinem Befreier nicht mehr gegeben hatte, als diesem nach billigem Ermessen für seine Mühe, sein Risiko und seinen etwaigen Aufwand zukam. Unter dieser Voraussetzung aber ergibt sich die von den Juristen gefällte Entscheidung mit Nothwendigkeit daraus, daß der mit der actio quod m. c. beklagte (oder mit J. J. Rest. bedrohte) Befreier aus dem in Rede stehenden Geschäft nicht bereichert erscheint, da doch eine solche Bereicherung erste Bedingung der Anwendung jener

Auch dem österreichischen Recht gilt der erzwungene Wille[5a]) gleichwohl als wahrer Wille,[6]) wie das römische Recht schützt dasselbe jedoch nichtsdestoweniger den Gezwungenen gegen die rechtlichen Folgen dieses seines Willens; es thut dieß im Wesentlichen unter denselben Voraussetzungen[7]) — daß nämlich die Drohung eine rechtswidrige,[8]) die

---

Rechtsmittel wäre (... ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse ... L. 14. §. 3. cit.); wer aber für eine Dienstleistung einen Preis erhält, lukrirt diesen nicht. Von diesem Gesichtspunkt löst sich auch die Schwierigkeit von selbst, welche in dem Zwischensatz „nisi ipse hanc tibi vim summisi" zu liegen schien. War ich nämlich selbst der Urheber jener Zwangslage, für deren Aufhebung ich mich vom widerrechtlich Gezwungenen habe bezahlen lassen, so kann von einem geleisteten Dienst nicht die Rede sein — wer Jemand einsperrt, um ihn hinterher wieder freilassen zu können, leistet ihm damit einen schlechten Dienst —, es läßt sich somit der mir zugegangene Vermögensvortheil auch nicht unter den Gesichtspunkt eines Preises stellen, sondern er ist lucrum. Da ich somit bereichert, und zwar aus der vis bereichert bin, ist es ebenso richtig als begreiflich, wenn Ulpian entscheidet, daß ich unter das Edikt falle.

[5a]) Es scheint mir nach österreichischem so wenig wie nach gemeinem Recht einem Zweifel zu unterliegen, daß ein Rechtsgeschäft nicht bloß dann als erzwungen zu betrachten sei, wenn die Absicht des Zwingenden auf Herbeiführung desselben ging, sondern in allen Fällen, wo dasselbe das Ergebniß einer im Kontrahenten (in welcher Absicht immer) erzeugten, gehörig qualifizirten Furcht gewesen ist; denn auf die Seite des leidenden Theils, auf die Furcht (metus, nicht vis) legt das österreichische wie das gemeine Recht alles Gewicht. Vgl. §§. 55, 870, 874, 875. L. 1. D. quod met. c. Savigny III. S. 101.

[6]) S. darüber Unger II. §. 80. Note 14, 15, Zeiller, natürl. Privatr. §. 107, Commentar III. S. 31, 40, Nippel, VI. S. 48.

[7]) Savigny III. S. 105—110, Unger II. S. 49, 50; über einzelne Abweichungen das. Note 21—23.

[8]) Unter den österreichischen Juristen herrscht Streit über den Begriff der Rechtmäßigkeit einer Drohung; während nämlich die Einen (Nippel VI. S. 51, 52, Stubenrauch I. S. 216, Winiwarter I. S. 191, IV. S. 25) jede Drohung für eine „gerechte" halten, die der Drohende zu verwirklichen berechtigt wäre, sind die Andern der Meinung (Unger a. a. O. Note 24, Zeiller III. S. 32), es käme noch weiter darauf an, ob der Drohende mit der Drohung gerade das zu erzwingen berechtigt war, was er erzwungen hat. Der ersteren Meinung liegt m. E. die Verwechslung privatrechtlicher und strafrechtlicher Unrechtmäßigkeit zu Grunde: Wer mich durch Androhung des Wechselarrests zu einer Tradition, die nicht Zahlung oder datio in solutum ist, nöthigt, fällt allerdings nicht unter den §. 98 lit. b. des Strafgesetzes (vom 27. Mai 1852), er macht sich keiner strafbaren Erpressung

Furcht eine gegründete[9]) gewesen sei §. 870 — aber in anderem Umfang, als das römische Recht. Während nämlich letzteres dem Gezwungenen zwar nur persönliche Rechtsmittel gibt, diese aber in rem wirken läßt, wirkt nach österreichischem Recht der Anspruch wegen Zwangs dinglich, aber stets nur gewissen Personen gegenüber, niemals absolut §§. 870, 877, 875.[10])

Eine widerrechtlich erzwungene Tradition also ist ungiltig;[11]) der beim Tradenten in der That vorhanden gewesene Uebertragungswille wird als nicht vorhanden betrachtet: allein diese Nichtigkeit kann nur dem gegenüber geltend gemacht werden, von dem der Zwang mittelbar oder unmittelbar (§. 875) ausging, oder der darum „offenbar wissen mußte.“ [12])

---

schuldig, nichts destoweniger aber ist der ganze Vorgang contra bonos mores, und darauf allein kommt es hier an, wo von Unrechtmäßigkeit nach Civilrecht die Rede ist. (Vgl. L. 8. pr. D. quod met. c., und zu dem von Stubenrauch a. a. O. gegebenen Beispiel: Pr. L.-Rt. I. 4. §. 35.)

[9]) S. hiezu die ziemlich breite, aber bei der Stellung unseres Gesetzbuchs zum A. L.-Rt. immerhin lehrreiche Kasuistik desselben I. 4. §. 31—41 und C. civ. a. 1112. Die Kasuistik der römischen Quellen bei Schliemann §. 4.

[10]) Historisch erklärt sich die Aufnahme dieses — vom Standpunkt der heutigen Wissenschaft nicht zu billigenden — Grundsatzes theils aus den zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuchs herrschend gewesenen naturrechtlichen Lehren (darüber Unger a. a. O. Note 14), theils daraus, daß ältere Romanisten denselben Satz im römischen Recht zu finden vermeinten. Glück IV. S. 180 arg. angeblich L. 9. §. 1 fin. D. h. t., L. 5. C. de his, quae vi. 2, 20. s. dagegen u. a. L. 14. §. 3. D. h. t., L. 4. §. 33. D. doli mal. except. L. 3. C. tit. cit. 2, 20. Vangerow III. S. 302. — Uebereinstimmend mit dem richtig verstandenen römischen Recht ist hier das Pr. L.-Rt. I. 4. §. 42, und Cod. civ. a. 1111.

[11]) Ueber die juristische Natur dieser Nichtigkeit und die Formen ihrer Geltendmachung s. unten Seite 285 f.

[12]) Dieser letztere Fall gehört streng genommen gar nicht hierher, denn der mit der Nichtigkeitsklage belangte Besitzer wird hier zur Herausgabe der Sache verurtheilt nicht des unterlaufenen Zwangs wegen (den ein Dritter verübt hat), sondern wegen seines dolus, der darin liegt, daß er die Sache an sich gebracht, wohl wissend, daß sie einmal zwangsweise aus den Händen ihres Eigenthümers gekommen war. — Ob übrigens in einem derartigen Ansichbringen wirklich stets ein dolus im technischen Sinn gelegen sei, ist mindestens sehr zweifelhaft. Vgl. Savigny III. S. 119, Unger II. S. 53.

B. Betrug und Irrthum.[13])

Die Wirkungen des Betrugs an sich und des Irrthums als solchen sind ihrer Natur nach durchaus verschieden: ersterer wirkt selbstständig, obgleich er zu einem Irrthum stets in nothwendiger Beziehung steht (s. Note 14), letzterer wirkt, wo er überhaupt berücksichtigt wird, nach der richtigen Auffassung ganz unabhängig davon, ob er durch Betrug erzeugt ist oder nicht. Dieß ist jedoch nicht der Standpunkt des österreichischen Gesetzbuchs, welches vielmehr beide Lehren in einer Weise combinirt, daß dadurch nothwendig beide verkümmert werden mußten,[13a]) und namentlich für die Lehre vom Irrthum die richtigen Grundlagen gänzlich verrückt sind. — Im Folgenden sollen Betrug und Irrthum, so weit dieß eben unter diesen Umständen noch möglich ist, auch äußerlich auseinandergehalten werden.

1) Es ist heutzutage allgemein anerkannt, daß nach gemeinem Recht der Betrug[14]) an sich, d. h. ohne Rücksicht darauf, welcher Art der Irrthum war, den der Betrüger erzeugte oder benutzte, auf die Giltigkeit der Tradition keinen Einfluß hat;[15]) den einzigen Fall aus=

---

[13]) Savigny III. S. 263 f. Beilage VIII, Richelmann, Einfluß des Irrthums auf Verträge 1837, Thibaut, Versuche II. Nr. 4, Hoffmann (und Fuhr) Civilist. Versuche Nr. VII, Valett, prakt. theoret. Abhandlungen Nr. V, Windscheid, Zur Lehre des C. N. von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte Kap. VII, Treitschke, der Kaufkontrakt (2. Aufl. 1865) §. 24—34. — Vangerow I. §. 311, A. 3, III. §. 604, 605, Arndts, §. 237—239, Unger II. §§. 81, 89.

[13a]) Bekanntlich gehört die in den §§. 871—876 enthaltene Lehre zu den schwierigsten und unerquicklichsten des ganzen Gesetzbuchs; es genügt ihre praktischen Konsequenzen zu ziehen, um ihre völlige Unhaltbarkeit zu erweisen. S. Unger §. 89, Wächter, d. Entwurf des sächs. Civ. Gb. S. 140 f.

[14]) Ueber den Begriff des Betrugs (dolus, fraus) s. Savigny a. a. O. „Absichtliche Erzeugung eines Irrthums, wodurch der Irrende zu einer Willenserklärung bestimmt wird“, wobei jedoch vorausgesetzt wird „die böse Absicht, d. h. die, welche auf des Gegners Nachtheil gerichtet ist, ohne Unterschied, ob zugleich eigener Vortheil bezweckt wird, oder nicht“ (dolus malus). L. 1. §. 2. L. 39, 40. D. dol. mal. 4, 3. L. 43. D. contr. emt. L. 7. §. 9, 10. D. pactis. — Vgl. auch L. 35. §. 8. L. 43. §. 2. D. contr. emt. L. 11. §. 1. D. act. E, V. L. 4. §. 4. D. aedil. edict., wonach auch die Benutzung eines schon vorhandenen Irrthums unter Umständen als dolus erscheint. So auch Sächs. Gb. §. 835.

[15]) L. 10. C. rescind. vend., dazu Glück IV. S. 137 f. und die bei Vangerow III. S. 296 Angef.

genommen, wenn sich der Empfänger durch den Empfang eines furtum [16]) schuldig macht. [17]) In der Regel also stehen dem betrogenen Tradenten nur persönliche Rechtsmittel gegen den Betrüger [18]) zur Seite, mittelst welcher dieser zum Schadenersatz, eventuell Rücktradirung der Sache verhalten werden kann; die Thatsache der Tradition aber ist und wirkt unabhängig vom unterlaufenen Betrug. Gilt dieß schon dem betrügerischen Empfänger gegenüber, so gilt es um so mehr dann, wenn der Betrug von einem Dritten ausging. [19])

Diese unzweifelhaft richtige Ansicht war jedoch nicht immer die herrschende; es gab eine Zeit, da man dem Betrug eine viel weiter gehende Wirksamkeit beilegen zu müssen glaubte. Man unterschied nämlich zwischen „dolus causam dans“: wenn der Betrug das fragliche Rechtsgeschäft direkt veranlaßt hatte, — und „dolus incidens“: wenn nur gelegentlich desselben ein Betrug mit unterlaufen war. Von jenem dolus causam dans nun behauptete man, derselbe mache ohne Unterschied jeden Vertrag nichtig, [20]) wenn er vom andern Kontrahenten ausgegangen sei. [21])

Bedenkt man, wie allgemein diese irrige Ansicht um die Zeit der Entstehung des a. b. Gb. verbreitet war und wie eng dieselbe mit den damals herrschenden naturrechtlichen Ansichten zusammenhängt, [22]) welche

---

[16]) L. 43. pr. D. de furtis. Vgl. über diesen Fall die Beilage 1.

[17]) Also namentlich da, wo er im Tradenten die irrige Meinung erzeugt oder dolos benutzt, als sei dieser zur Leistung der tradirten Sache rechtlich verpflichtet; . . . furtum facit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit. L. 18. D. cond. furt. 13, 1. cf. L. 43. pr. cit.

[18]) Nicht aber gegen den dritten Besitzer; darin liegt die durchgreifende Verschiedenheit in der Wirkung des dolus und metus: . . . etenim distat aliquid (sc. de metu exceptio) a doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolum fecit, enimvero metus causa exc. in rem scripta est. . . . L. 4. §. 33. D. dol. mal. exc. 44, 4.

[19]) L. 8. D. de dolo, 4, 3. L. 2. D. de proxenet. 50, 14.

[20]) Vgl. Glück IV. S. 113 f., Treitschke §. 34, Vangerow III. S. 293 und die dort Angef. — Manche behaupteten sogar Nichtigkeit auch im Fall eines dolus incidens, s. dieselben bei Glück a. a. O. S. 115, Note 8.

[21]) Leyser behauptete (Meditationes ad Pandectas Sp. 59. m. 4. Sp. 296, m. 9.) sogar Nichtigkeit jedes Vertrags, der durch dolus eines Dritten veranlaßt war.

[22]) Vgl. Glück IV. S. 123 f.

ja auf unser Gesetzbuch einen so bedeutenden Einfluß gehabt haben, so muß man, — will man den Gesetzes-Redactoren nicht eine Einsicht zuschreiben, die sie nach dem Stand der Wissenschaft in ihrer Zeit nicht wohl haben konnten, — dieselben Grundsätze als diejenigen ansehen, von denen auch unser Gesetzbuch ausgeht,[23]) wenngleich es dieselben nirgends mit ausdrücklichen Worten hinstellt.

Es ist demnach nach österreichischem Recht eine Tradition ex capite doli nicht nur dann nichtig, wenn der Nehmer durch wissentlichen Empfang eines Indebitum sich der Arglist schuldig gemacht hat,[24]) sondern auch in allen jenen Fällen, wo derselbe durch Erzeugung oder absichtliche Benutzung eines Irrthums auf Seiten des Gebers das Zustandekommen der Tradition betrüglich veranlaßt hat.

2) Von der nunmehr zu behandelnden Frage des Irrthums ist vorher noch der Fall auszuscheiden, da beim Traditions-Vertrag ein den Konsens ausschließendes Mißverständniß unterlaufen ist. Ein solches liegt dann vor, wenn Geber und Nehmer zwar ihren Willen sachgemäß (d. h. so, daß die Erklärung eines Jeden seinem Willen durchaus entsprach) erklärt haben, diese beiden Willenserklärungen jedoch sich nicht decken, so daß ein Vertrag in der That gar nicht zu Stande gekommen ist; wohl aber der falsche Schein eines solchen in den Augen der Kontrahenten,[25]) indem jeder derselben die Erklärung des Gegentheils dahin

---

[23]) Unger §. 81. N. 22. — Außerdem ist hier zu berücksichtigen, daß den Verfassern des Gesetzbuchs das A. L.-Rt. vorlag, welches die hier besprochenen Lehren des gemeinen Rechts in ihrer damaligen Gestalt vollständig recipirt hat. Vgl. A. L.-Rt. I. 4. §. 85. „Vielmehr ist jede durch Betrug veranlaßte Willenserklärung für den Letzteren unverbindlich . . .“ — I. 5. §. 349. „Jeder Betrug, wodurch Jemand zur Errichtung eines Kontrakts verleitet worden . . .“ — I. 4. §. 87. „Ist die Willenserklärung zwar nicht durch Betrug veranlaßt (dolus c. dans), aber doch der Erklärende zu einem Irrthum bei derselben vorsätzlich verleitet worden (dolus incidens), so . . .“ cf. I. 5. §. 358, Koch I. §. 105. — Auf demselben Standpunkt steht C. civ. a. 1116, dazu Windscheid a. a. O. S. 218, welcher „diese Unterscheidung“ (zwischen dolus c. dans und d. incidens) für „an und für sich begründet“ (?) hält.

[24]) In diesem Fall ist die Tradition schon nach gemeinem Recht nichtig (oben N. 17); um so mehr ist dieß auch für das österreichische Recht anzunehmen. Vgl. §. 1437. Zeiller IV. S. 164.

[25]) Das Mißverständniß ist also ein besonderer Fall des Irrthums: Jeder

mißverstand, daß dieselbe zu der seinigen stimme. Daß von Rechtswirkungen eines solchen Vertrags, der in der That nur im Wahn der vermeintlichen Kontrahenten existirt, nicht die Rede sein kann, versteht sich von selbst; derselbe ist absolut und ipso jure nichtig (§. 869).[26])

Der Fall des Mißverständnisses ist gerade für die Tradition von besonderer Wichtigkeit, weil dieselbe gemeinsame Form verschiedener ganz disparater Rechtsgeschäfte[27]) ist, und es daher im Verkehr leicht vorkommen kann und häufig vorkommt, daß die Parteien, indem sie eine Uebergabe vornehmen, sich über den rechtlichen Sinn, den diese Form hier haben soll, mißverstehen. Wie nun eine Obligation nicht entsteht, wenn die Paciscenten über die Natur des abzuschließenden obligatorischen Vertrags in einem Mißverständniß begriffen waren,[28]) so macht es auch die Tradition nichtig, wenn von der einen oder der andern Seite der wahre Wille nicht auf Eigenthumsübertragung gerichtet war.[29]) Eine andere Frage ist, wie es sich dann verhält, wenn der Geber zwar das Eigenthum an der Sache übertragen, der Nehmer jedoch lediglich ein jus in re aliena daran zu erwerben vermeinte (z. B. Pfandrecht, Usus). Ist eine derartige Tradition rechtlich ganz unwirksam, oder besteht sie insofern, daß das vom Nehmer gewollte dingliche Recht durch dieselbe für ihn entsteht? Letzteres[30]) scheint mir das

---

Kontrahent hat eine irrige Vorstellung von dem Willen des Andern. — Lediglich die besonderen Konsequenzen, die nach österreichischem Recht (über die dem österr. Gb. hierin ähnlichen Bestimmungen des Code civ. s. Windscheid a. a. O. S. 252 f., 260) gerade dieser Fall des Irrthums hat, sind die Veranlassung denselben hier herauszuheben und voranzustellen.

[26]) Zeiller III. S. 29, Glück IV. S. 147 f.

[27]) Eigenthumsübertragung, Pfandrechts-, Servitutsbestellung, Depositum, Commodat u. s. w.

[28]) L. 18. D. R. C. (12, 1). L. 9. pr. D. contr. emt. L. 3. §. 1. D. O. et A. L. 57. eod. cf. §. 23. J. inutil. stip. — für die Schenkung L. 10. C. donat. 8, 54.

[29]) z. B. L. 18. §. 1. D. R. C.

[30]) Wollte man für das gemeine Recht (auf Grund der L. 25. pr. D. V. S. s. unten N. 33) auch das Gegentheil annehmen, so müßte man dem vermeintlich berechtigten Quasibesitzer gegen die negatoria des Eigenthümers jedenfalls exc. doli geben, da er doch gewiß secundum voluntatem dantis besitzt. Arg. L. 18.

Richtige aus dem Gesichtspunkt, daß das Eigenthumsrecht als der abstrakte[31]) Inbegriff aller rechtlich möglichen Herrschaft über eine Sache die einzelnen Befugnisse, welche von ihm abgetrennt den Inhalt jener jura in re bilden, in sich begreift,[32]) wie das Ganze seine Theile[33]) — und mit Rücksicht auf die unten darzustellenden Grundsätze über Mißverständniß und Irrthum in der Quantität.

Gedachte der Tradent bloß die Detention der Sache zu übertragen, während der Empfänger das Eigenthum an derselben aus der Tradition zu erwerben meinte,[34]) so geht zwar nicht das Eigenthum, wohl aber der juristische Besitz auf ihn über;[35]) denn dieser entsteht ganz

---

pr. D. R. C. — Gegen die im Text vertretene Ansicht s. die wenig überzeugenden Argumente bei Pagenstecher, Eigenthum II. S. 228, welche im Wesentlichen darauf hinauslaufen, daß „im Ganzen Schwächer oder Stärker ein anderes Verhältniß ist, als Weniger oder Mehr".

[31]) S. Böcking II. S. 9. — Das Nähere hierüber gehört nicht hierher.

[32]) Vom Eigenthumsrecht „abgezweigte Befugnisse", Elvers, Servituten S. 81; vgl. Arndt's, Linde's Zeitschrift n. f. III. S. 250 f., Vangerow I. S. 686 f. Auch Renaud (krit. Zeitschr. für ausl. Rechtswissenschaft Bd. XVII. S. 162) sieht in der juris possessio „Ausübung einzelner Partien des Eigenthums", und dieselbe verhalte sich zur rei possessio „wie der Theil zum Ganzen".

[33]) S. Windscheid I. §. 167 und daselbst Note 3. — Wenn es in L. 25. pr. D. V. S. (Paulus) heißt: Recte dicimus, fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitus sit, . . . so hat dieß nur die Bedeutung, das jus utendi fruendi sei nicht integrirender Bestandtheil des Eigenthumsrechts in dem Sinn, daß Letzteres ohne das Erstere nicht ganzes Eigenthum wäre: man bleibt vielmehr dennoch wahrer und alleiniger Eigenthümer der ganzen Sache (fundum totum nostrum esse), wenn man sich auch eines Theils der im Eigenthumsrecht liegenden Befugnisse zu Gunsten eines Andern begeben hat (b. Gb. §. 354, 361, pr. fin. Inst. de hered. inst. 2, 14). Allein gegen die Machtfülle des Eigenthumsrechts gehalten erscheint der Inhalt einer einzelnen Servitut immerhin als Theil, und in diesem Sinn nennt denn auch Paulus selbst an einer andern Stelle (L. 4. D. de usufr.) den Nießbrauch geradezu pars dominii.

[34]) Es vermeinte z. B. Ersterer ein Depositum, Letzterer ein Darlehen abzuschließen, — ein Mißverständniß, das bei Fungibilien sehr nahe liegt.

[35]) Es ist hier plus in re, quam in existimatione. Siehe Savigny, Bes. §. 9. a. E.

unabhängig[36]) von der Tradition, sobald Jemand die Sache — wie dieß hier der Empfänger thut — „mit dem Willen sie als die seinige zu behalten" (§. 309) ergreift.

Abgesehen von den eben besprochenen Fällen, wo die Parteien über das der Traditionsform unterliegende Rechtsgeschäft dissentirten, kann ein Mißverständniß noch vorkommen über die Identität (in corpore), oder die Quantität der zu tradirenden Objekte. Beides jedoch nur bei der s. g. symbolischen[37]) (§. 427.) oder einer brevi manu oder durch constitutum possessorium (§. 428) vorgenommenen Tradition,[38]) da die sonst unerläßliche Gegenwart der Sache jedes derartige Mißverständniß in der Regel ausschließt.[39]) Liegt ein Mißverständniß der ersteren Art (in corpore) vor, so ist die Tradition aus Mangel der Willensübereinstimmung stets nichtig;[40]) in einem Falle der zweiten

---

[36]) In den Besitz gibt es keine Succession im technischen Sinn; jeder Besitzer „erwirbt einen ganz neuen Besitz für sich, unabhängig von dem vorigen." Savigny a. a. O. §. 5., Puchta, im Rechtslex. art. Besitz, II. S. 55. Siehe auch oben I. S. 11.

[37]) Da bei der symbolischen Tradition die Sache, welche wirklich übergeben wird (z. B. Schlüssel), lediglich als Symbol einer Anderen zu dienen hat, deren Eigenthum übergehen soll, liegt gerade hier die Möglichkeit eines Mißverständnisses über die Identität der Letzteren besonders nahe.

[38]) Rücksichtlich der durch Stellvertreter bewerkstelligten Traditionen s. oben S. 130, 140. — Hätte der Machthaber eine andere Sache tradirt als diejenige, welche allein der Machtgeber tradirt wissen wollte, so fiele dieß nicht sowohl unter den Gesichtspunkt des Mißverständnisses, als vielmehr des Irrthums, da hier (S. 130) der Erstere lediglich als Werkzeug zur Erklärung und Vollziehung des Machtgeber'schen Willens erscheint, somit eine Discrepanz zwischen dem wahren Willen des Letzteren und dessen Erklärung vorläge.

[39]) Ueber die Identität oder Quantität eines den Kontrahenten vorliegenden Objekts kann wohl ein error, nicht leicht aber ein dissensus obwalten; daher auch in den betreffenden Quellenfällen stets Abwesenheit des Vertragsobjekts angenommen wird. s. z. B. L. 9. pr. D. contr. emt. Si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti....

[40]) B. Gb. §. 869, L. 137. §. 1. D. V. O., L. 9. pr. D. cit. (18, 1.). Es wird dabei vorausgesetzt, daß das Mißverständniß die Identität der Hauptsache, nicht etwa nur eine Accession derselben betraf; über letzteren Fall s. L. 34. pr. D. aqu. poss., und unten Note 55. — Schenke ich also z. B. dem Verwahrer meiner beiden Uhren die Eine derselben, und ergreift derselbe (solo animo) mißverständlich den juristischen Besitz der Anderen, so erwirbt er das Eigenthum daran nicht.

Art (dissensus in quantitate) ist dieselbe soweit giltig als der Consens der Parteien reicht, also in dem Umfange, welcher der die geringere Quantität umfaßenden Willenserklärung entspricht.[41]) —

Wo bei der Tradition ein Irrthum[42]) vorkommt, d. h. wo die Partei in einer unrichtigen Vorstellung[43]) befangen eine Willenserklärung abgibt, die ihrem wahren Willen gar nicht, oder doch nicht ganz adäquat ist, kommt es zunächst darauf an, wie groß diese Kluft zwischen Willen und Erklärung ist: ist dieselbe so groß, daß man sagen muß, was erklärt vorliegt ist in der That nicht das Gewollte, sondern

---

[41]) Vgl. L. 1. §. 4. D. V. O. — Habe ich daher 100 der in meinem Keller befindlichen Weinfäßer verkauft und dem Käufer zum Zeichen, daß er sofort Eigenthümer derselben sein solle, die Kellerschlüssel übergeben, so wird derselbe durch diesen Akt jedenfalls nur Eigenthümer von 100 Fäßern, mag er auch zufolge eines Mißverständnisses deren mehrere gekauft und tradirt erhalten zu haben vermeinen.

[42]) Es wird in dem Folgenden vom Irrthum im Beweggrund ganz abgesehen. Wenn sich Jemand „durch einen irrig angenommenen Umstand zu einer Willenserklärung bestimmen läßt, deren Inhalt er sich vollkommen richtig vorgestellt hat" (Vangerow III. S. 290) so hat dieß mit der Frage nach der Existenz des erklärten Willens gar nichts zu schaffen; es fragt sich nicht warum, sondern ob er gewollt habe; hat er aber (das Erklärte) gewollt, so ist der Vertrag giltig. Savigny III. §. 115, Windscheid §. 78, Unger §. 81 und A. Habe ich also aus einem falschen Beweggrund (sollte dieser auch als solcher — nicht etwa als Bedingung §. 901 — ausdrücklich erklärt worden sein: falsa causa) meine Sache tradirt (z. B. weil ich dem Empfänger meine Lebensrettung zu verdanken glaubte), so ist das Eigenthum übergegangen; im Fall eines *dolus* auf Seiten des Empfängers tritt der Entschädigungsanspruch aus §. 874 ein, möglicherweise auch Nichtigkeit (s. oben) des Vertrags, sonst unter Umständen eine Bereicherungsklage nach Analogie von §. 1435, 1174 fin. — Das R. Recht gibt hier dem Tradenten theils condictio, theils und zwar in den meisten Fällen nicht einmal diese. (Vgl. z. B. L. 62. §. 2. D. cond. indeb. 12, 6, L. 3. §. 7. D. cond. causa data 12, 4.). Vangerow a. a. O., Christiansen, zur Lehre von den Natural-Obl. und der cond. indeb., S. 32 f., 53, 61 f., Thibaut a. a. O. S. 106, Richelmann §. 12. — Abweichend Valett a. a. O. S. 189—200.

[43]) Die unrichtige, d. h. der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung ist das Wesen jedes, also auch des hier in Rede stehenden Irrthums. Gewöhnlich wird dieß nur beim Irrthum im Beweggrund betont (s. z. B. Windscheid I. S. 169, Unger II. S. 51), allein wenn ich einem Bettler statt eines Groschens irrig einen Dukaten zuwerfe, so besteht mein Irrthum eben darin, daß ich das Goldstück in meiner Hand fälschlich für einen Groschen hielt, u. s. w.

etwas Anderes, das wirklich Gewollte aber ist nicht erklärt, so nennt man den Irrthum, der hier unterlief, einen wesentlichen; war jene Disharmonie zwischen Willen und Erklärung weniger[44]) scharf, so spricht man von unwesentlichem Irthum. Im ersten Fall enthält die Erklärung nicht den Willen, es fehlt also dem Rechtsgeschäft an seiner materiellen Grundlage, im zweiten Fall ist allerdings auch nicht genau das gewollt, was erklärt wurde, allein der wahre Wille ist doch in so weit erklärt, als dieß für seine rechtliche Wirksamkeit mindestens erfordert wird. Wo zwischen diesen beiden Fällen die Grenze sei, läßt sich nicht von vorne herein durch eine allgemeine Formel feststellen; unten soll im Einzelnen eingehend untersucht werden, welche von den bei der Tradition möglichen Irrthumsfällen als wesentliche zu betrachten sind. Hier setzen wir diese Frage einen Augenblick als gelöst voraus und gehen sogleich zu der Wirkung über, die der Irrthum auf die Giltigkeit der Tradition übt, je nachdem er ein wesentlicher oder unwesentlicher ist.

Aus dem eben Gesagten geht schon hervor, daß der Letztere für die Wirksamkeit der Tradition gleichgiltig ist (§. 872); was den Ersteren betrifft[44a]) so ist hier der Punkt (vgl. Note 13 a.) wo unser Gesetzbuch den einzig natürlichen Standpunkt verläßt um den naturrechtlichen einzunehmen: dasselbe verkennt nämlich durchaus die Bedeutung des wesentlichen Irrthums als eines den (erklärten) Willen ausschließenden und geht vielmehr davon aus, daß der andere Kontrahent in der Regel „ein Recht habe" das Erklärte für das Gewollte zu halten[45])

---

[44]) Es muß hervorgehoben werden, daß wir es hier keineswegs mit scharfen Gegensätzen zu thun haben. Das Recht versagt der Erklärung, der kein Wille entspricht, die Wirksamkeit, sowie dem Willen, der nicht erklärt ist, aber es kann unmöglich jeden Willen verwerfen, der nicht ganz adäquat erklärt ist: zwischen diesen beiden Extremen nun liegt eine bunte Menge von Mittelgliedern, die einen unmerklichen Uebergang von dem einen zum andern bilden; zwischen ihnen muß das Recht eine feste Grenzlinie ziehen, allein was diesseits und jenseits derselben liegt, ist darum nicht innerlich entgegengesetzt. Vgl. z. B. eine solche Grenzbestimmung in L. 57. D. contr. emt., Windscheid I. S. 165, 167, N. 10.

[44a]) Nach gemeinem Recht ist in diesem Fall die Erklärung stets wirkungslos, eben weil es am Willen fehlt. L. 15. D. jurisdict. 2, 1., L. 2. D. judiciis 5, 1., L. 57. D. de O. et A., Savigny, Unger a. a. O., Richelmann §. 4. Vgl. Code civ. a. 1109.

[45]) Zeiller III. S. 42. Es wurde dieß von den Naturrechtslehrern auf

und daß die Gesetzgebung, um dieses „Recht" nicht zu verletzen, jenes auch als ein solches müsse wirken lassen. Daraus ergibt sich, daß ein Vertrag wegen wesentlichen Irrthums des einen Kontrahenten nur dann ungiltig ist, wenn der Andere ein solches „Recht" nicht erworben hat; dieß ist aber dann der Fall, wenn derselbe den fraglichen Irrthum in seinem Mitkontrahenten dolos[46]) erzeugt (§. 871) hat, oder wenn ihm bei Annahme der Erklärung deren Nichtübereinstimmung mit dem Willen des Erklärenden den Umständen nach bewußt[47]) sein mußte (§. 876 fin.). Dagegen ist eine unter einem wesentlichen Irrthum vorgenommene Tradition gleichwohl vollkommen rechtsbeständig, wenn derselbe durch Zufall,[48]) oder durch Verschul-

---

das allen Menschen angeblich angeborne Recht auf Wahrhaftigkeit gegründet. — Das Dogma des österr. Rechts, daß der wesentliche Irrthum nur unter Voraussetzung des dolus des Gegentheils die Wirksamkeit des Vertrags ausschließe, findet sich für das gemeine Recht aufgestellt bei Hoffmann, Civil. Versuche S. 102.

[46]) Unter den Worten: „durch falsche Angaben irregeführt" (§. 871) ist jedenfalls nur *dolus*, nicht etwa jede nur culpose oder ganz schuldfreie falsche Angabe — wenn etwa der Gegner selbst irrte — zu verstehen. Vgl. Savigny III. S. 471, Zeiller III. S. 247.

[47]) Es ist diese mala fides, die hier den Gegentheil seines „Rechts" jene Erklärung „für wahre Einwilligung zu halten" beraubt. Ob dieselbe im einzelnen Fall vorliege, ist quaestio facti, und muß vom Richter mit Rücksicht auf die Lage der Umstände beurtheilt werden (arg. §. 870). S. auch Zeiller, Natürl. Privatrecht S. 109 „... wenn anders der Hauptirrthum des einen Theils dem andern sich schon zur Zeit der Abschließung des Vertrages aus der Willenserklärung oder aus der Natur der Sache offenbar darstellet."

[48]) Darüber könnte nach der (nicht sehr gelungenen) Fassung des §. 876, 1. gezweifelt werden (vgl. auch Pr. L.-Rt. I. 4. §. 82, Unger §. 89. N. 21). Vorzüglich aus inneren Gründen scheint mir dieser Zweifel ungerechtfertigt; denn es wäre einerseits theoretisch eine Monstrosität dem zufällig entstandenen Irrthum Wirksamkeit auf das Rechtsgeschäft einzuräumen, während man sie dem von einem Dritten erzeugten ausdrücklich verweigert (da doch beide Fälle sich juristisch ganz gleich stehen); andererseits wäre eine solche Unterscheidung praktisch auch gar nicht durchführbar. Dieselbe liegt aber auch m. E. nicht im Sinn des Gesetzbuchs, da dieses, wie mir scheint, in den Anfangsworten der §. 871, 875 und 876 eine dreitheilige vollständige Disjunktion hinstellen will, so daß der Fall des §. 876 die in den beiden andern §§. nicht begriffenen Fälle zu treffen bestimmt ist. Dieß wird bestätigt durch Zeiller III. S. 33 (bei Gelegenheit des §. 876, S. 42 spricht sich derselbe nicht klar aus), welcher zu §. 871 bemerkt: „Dieser und der folgende §.

den[49]) des Irrenden selbst entstanden, (§. 876) oder durch einen Dritten, (§. 875) oder endlich zwar durch den andern Kontrahenten, aber nicht dolos (§. 871) erzeugt worden ist. In diesen Fällen also geht das Eigenthum über, wenngleich der entsprechende Wille in Wahrheit fehlt.

Um über die Wirksamkeit eines vorliegenden Traditionsaktes mit Rücksicht auf einen dabei vorgekommenen Irrthum entscheiden zu können, hat man somit nach österreichischem Recht zwei verschiedene Momente in Untersuchung zu ziehen: einmal — nach dem eben Angeführten — die Provenienz dieses Irrthums, sodann dessen Wesentlichkeit; von letzterer soll nunmehr gehandelt werden. Unser Gesetzbuch handelt davon nur ganz im Allgemeinen in den §§. 871—873, und überläßt es der Jurisprudenz im Einzelnen zu untersuchen, wann ein „Irrthum in der Hauptsache," in einer „wesentlichen Beschaffenheit" u. s. w. vorliegt; indem wir diese Untersuchung unternehmen, dürfen wir um so weniger darauf verzichten den gemeinrechtlichen Stoff für dieselbe zu verwerthen, da sich aus der Fassung der citirten §§.[50]) ergiebt, daß die Verfasser derselben diese Lehre nicht etwa auf neue Grundlagen zu stellen beabsichtigten, sondern lediglich den herrschenden Lehren des gemeinen Rechts, so weit diese unter allgemeine Schulbegriffe (wie error in

---

handeln von dem Irrthum, in welchen ein Kontrahent von dem andern (nicht von einem Dritten, oder durch Zufall §. 875 und 876) versetzt worden ist." — Auch Savigny III. S. 471 ist der hier vertretenen Ansicht.

[49]) Da nach österr. Recht selbst der durch Zufall Irrende als consentirend angesehen wird, hat für uns die Frage, ob beim wesentlichen Irrthum auf dessen Entschuldbarkeit etwas ankomme, keine Bedeutung. — Die ältere Doktrin pflegte diese Frage zu bejahen (Thibaut a. a. O. Nr. 4, Richelmann §. 6; dagegen schon Mühlenbruch, Arch. f. civ. Praxis II. S. 374, und doctrina pand. I. §. 106), seit Savigny (III. §. 135) aber wird sie mit Recht allgemein verneint. L. 25. §. 6. D. her. pet. 5, 3., L. 36. §. 1., L. 37. pr. D. usurp. 41, 3 u. a. Vangerow I. §. 8, Windscheid §. 76, 79. Pr. L.-Rt. I. 4. §. 78. — Gleichgiltig ist es ferner, ob nur der Eine Theil, oder beide irrten (s. g. error uni- — vel bilateralis), sowie ob der Irrthum error im engern Sinn oder ignorantia ist. Vgl. tit. Dig. de jur. et f. ign. 22, 6, L. 34. §. 1. D. possess., L. 15. §. 1. D. contr. emt., Donell, Comm. I. cap. 19 fin., Glück §. 297. N. 4, Richelmann §. 4. A. M. Valett S. 194.

[50]) Sie sind zunächst dem Pr. L.-Rt. I. 4. §. 75—77 nachgebildet. Vgl. auch Code civ. a. 1110.

substantia, in bonitate, in persona etc.) subsumirt wurden, in ihrer Weise Ausdruck gegeben haben.[51])

Es sind nun verschiedene Richtungen zu unterscheiden, nach welchen hin ein wesentlicher Irrthum bei der Tradition möglicherweise liegen kann:

a) Irrthum über die Identität des Traditionsobjekts. Wo eine der die Tradition vornehmenden Personen über die Identität der Sache irrt, schließt dieser Irrthum stets den Uebertragungs- resp. Empfangswillen aus. In einem solchen Fall erlangt der Empfänger nicht einmal den juristischen Besitz der Sache,[52]) weil ihm eben der Wille, diese Sache als die seinige zu behalten, fehlt. (L. 2. §. 6. D. pro emtore, 41, 3. L. 34 pr. D. aqu. possess. 41, 2. b. Gb. §. 309.)[53]) Betrifft jedoch dieser Irrthum nicht die tradirte Hauptsache[54]) selbst, sondern lediglich einen Nebengegenstand, so hat er auf

---

[51]) Daß sie so verfuhren liegt in der Natur der Sache und wird durch Zeillers Commentar hinreichend bestätigt: Wenn derselbe zu §. 871 das Beispiel von der goldenen und vergoldeten Uhr (L. 41. §. 1. L. 9. §. 2. D. contr. emt.) anführt, wenn er zu §. 872 sagt, „der Nebenirrthum bezieht sich hauptsächlich auf Zahl (L. 52. D. locati.), Maß oder Gewicht, auf Feinheit, Güte der Materie (L. 21. §. 2. D. action. emti) und das Zubehör" (L. 34. pr. D. contr. emt.), so wendet er eben die seiner Zeit gangbaren gemeinrechtlichen Begriffe error in substantia, in bonitate, in quantitate, in accessione einfach an.

[52]) Auch dieß gilt jedoch nach österr. Recht nur unter der oben besprochenen Voraussetzung der §§. 871 initio und 876 fin. Denn, wenn man den durch einen Dritten in wesentlichen Irrthum versetzten Empfänger aus der Tradition Eigenthum erwerben läßt, muß man ihn konsequent gewiß um so mehr auch jur. Besitzer werden lassen. — Man sieht, jene bedauerlichen Grundsätze unseres Gesetzbuchs greifen auch in das Besitzrecht ein und führen da zu dem widernatürlichen Ergebniß, daß Jemand Besitzer ist, der den animus rem sibi habendi gar nicht hat; es ist dieß in der That nichts Anderes, als ein fingirter Besitz: freilich der Zweck dieser Fiktion ist nicht abzusehen.

[53]) Glück VIII. S. 112. — Eine andere Frage ist, ob hier der Tradent den Besitz verliere, wenn schon der Empfänger ihn nicht gewinnt; hierüber s. oben I. S. 13, Note 30.

[54]) Zeiller III. S. 33 f. — Was hier Haupt- was Nebensache sei, darüber läßt sich von vornherein eine allgemeine Regel nicht geben: jedenfalls kommt es dabei auf die subjektive Vorliebe eines der Kontrahenten nicht an, noch kann das Werthverhältniß der Sachen unbedingt entscheiden. Vgl. L. 31 cit. und die folgende Note.

die Giltigkeit der Tradition keinen Einfluß.[55]) (§. 871 verb.: „Hauptsache," §. 872). Ebenso irrelevant ist der Irrthum, welcher lediglich den Namen der Sache betrifft, wenn sonst die Parteien nur über das Objekt der Tradition in Uebereinstimmung sich befinden.[56])

b) Irrthum in der Quantität oder Summe. Hier ist der Charakter der Tradition als einseitiger Vertrag entscheidend: es kann

[55]) L. 34. pr. D. contr. emt. (Paulus). Si in emtione fundi dictum sit, accedere Stichum servum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emtor, de alio venditor senserit, nihilominus fundi venditionem valere constat: Sed Labeo ait eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit: nec refert quanti sit accessio sive plus in ea sit, quam in ipsa re, cui accedat, an minus; plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicut domus propter marmora et statuas et tabulas pictas ematur Vgl. über diese vielbestrittene Stelle Glück IV. S. 160 f., Hoffmann a. a. O. S. 99 f., Thibaut S. 116, Richelmann S. 154 f., Scheurl a. a. O. S. 203 f. Es handelt sich zwar in L. 34. cit. genau genommen nicht um einen Irrthum, sondern um ein Mißverständniß rücksichtlich der Nebensache, allein da nach römischem Recht Irrthum und Mißverständniß rechtlich gleichbehandelt werden, ändert dieß an der Bedeutung unserer Stelle nichts. Der erste Satz bis „constat" enthält die im Text gegebene Entscheidung, wobei dem Juristen die Erwägung vorschwebt, daß es ein dringendes Bedürfniß des Verkehrs ist derlei Irrthümern keinen Einfluß auf die Giltigkeit der Verträge zu gestatten, nicht einmal dann, wenn die Accession die Hauptsache an Werth übersteigt, denn da derlei Käufe mit besonderer Rücksicht auf gewisse Accessionen gar häufig sind (plerasque enim ...), würde es dem Verkehr höchst gefährlich sein, wenn man den Begriff des Identitäts-Irrthums nicht streng auf das Vertragsobjekt als solches beschränkte; hierauf bezieht sich der Satz: „nec refert" bis „ematur". Dazwischen ist nun („Sed ... intellexerit") die ganz heterogene Frage geworfen: welcher Stichus zu leisten sei? — Mit der Entscheidung des Paulus hierüber ist Cujacius unzufrieden und emendirt (Observ. I. 10. IX. 37.) „emtorem" statt „venditorem", weil der Verkäufer am Irrthum Schuld sei (da er clarius loqui debuisset) und somit (L. 39. D. de pactis) gegen ihn interpretirt werden müsse. Es ist aber gar nicht abzusehen, warum bei einem derartigen Mißverständniß gerade der Eine Theil nothwendig mehr Schuld tragen soll, als der Andere, und überdieß kommt auf die Schuldfrage gar nichts an; vielmehr ist die Entscheidung nach der Lesart „venditorem" gewiß die richtige. S. darüber die oben Angef. und Vangerow III. S. 278.

[56]) L. 9. §. 1. D. contr. emt. L. 34. D. possess. L. 32. D. V. O. L. 80. D. judiciis. — S. die in diesem Sinn erfolgte Entsch. d. ob. Ghofs. dd. 4. Nov. 1838, bei Stubenrauch III. S. 32, Pr. L.-Rt. I. 4. §. 151, 147. Vgl. b. Gb. §. 571, L.-Rt. I. 12. §. 518.

zwar nie Mehr aus dem Eigenthum des Tradenten ausscheiden, als dieser übertragen wollen, nie Mehr in das Eigenthum des Empfängers übergehen, als dieser übernehmen wollen, jedoch ist innerhalb dieser Grenzen, so weit also Konsens vorliegt, die Tradition[57]) stets vollkommen wirksam.[58])

Es kommt aber hier — und darauf ist im einzelnen Fall ein besonderes Augenmerk zu richten — stets darauf an, daß der unterlaufene Irrthum in quantitate wirklich unmittelbar die Tradition selbst betrifft, nicht etwa nur die Obligation zur Tradition; denn der error in solutione ist und wirkt ganz unabhängig vom error in obligatione. Ein Irrthum der ersteren Art liegt nicht vor, wenn Jemand in der Meinung 100 zu schulden (während er nur 50 schuldig ist) die 100 zahlt; selbst wenn er nur 50 versprechen wollte, irrthümlich aber 100 versprochen hat, und diese 100 wirklich bezahlt (gleichgiltig aus welchen Motiven), so ist die Tradition ganz giltig, mag auch das Versprechen theilweise nichtig sein, denn, wollte er auch nicht 100 versprechen, so wollte er doch 100 bezahlen.[59]) — Anders, wenn derselbe in der Absicht 50 zu zahlen einen gefüllten Beutel hingab, der nach seiner Meinung 50, in der That aber 100 enthält: hier trifft der Irrthum das Traditionsgeschäft selbst.[60]) Doch muß in Fällen dieser letzteren Art, wo ein Ganzes, das eine Quantität in sich begreift, Gegenstand der Tradition ist, genau unterschieden werden, ob der Traditionswille auf das Ganze

---

[57]) Anders verhält sich die Sache bei zweiseitigen Verträgen: L. 52. D. locati 19, 2. Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur.

[58]) Vgl. L. 108. §. 10. D. legat. I. Pr. L.-Rt. I. 11. §. 207 f. — Richelmann S. 141 f., Hoffmann S. 102 f., Unger II. S. 128, 129, oben Note 41.

[59]) Deßgleichen kann, wer die geschuldete Quantität mit falschen (zu schweren) Gewichten zugewogen hat, das zuviel Gegebene nur kondiziren: L. 18. §. 3. D. dolo malo 4, 3. id quod amplius mercedis datum est, condictione repeti potest. Cf. L. 5. §. 1. D. si mensor, 11, 6. L. 26. §. 4—6. D. cond. indeb.

[60]) Nach römischem Recht steht hier dem Tradenten die Vindikation ipso jure selbst dann zu, wenn er 100 schuldig war: freilich wird demselben exceptio doli mit Erfolg entgegengesetzt, da er einzuklagen im Begriff steht, was er doch wieder zu leisten verpflichtet ist: nam etsi inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose. L. 2. §. 5. D. dol. mal. except. 44, 4.

als solches, oder vielmehr auf die in demselben vermeintlich enthaltene Quantität primär gerichtet ist: Hatte also z. B. Jemand 60 Eimer Weins verkauft und übergibt, um selbe zu tradiren, dem Käufer ein vermeintlich 60, in Wahrheit aber 70 Eimer haltendes Faß, so hat er offenbar nur 60 tradirt, da hinsichtlich der übrigen 10 der obwaltende Irrthum den Willen ausschloß; — hat er hingegen dieses bestimmte Faß verkauft und tradirt,[61]) wenngleich in der irrigen Meinung, dasselbe enthalte nur 60 Eimer, so ist dieser Irrthum für die Tradition[62]) irrelevant.

c) Irrthum über die Existenz der Sache.[62a]) Hatte die Sache schon vor Abschluß des Vertrags ganz aufgehört zu existiren, so kann von einer Wirkung desselben nicht die Rede sein; denn da es am Gegenstand fehlt, liegt eine Tradition gar nicht vor,[63]) sondern höchstens der Schein einer solchen (arg. §. 880).[64])

Der Umstand, daß die Sache im Augenblick der Tradition theilweise vernichtet ist, hat an sich auf die Wirksamkeit derselben keinen Einfluß:[64a]) wäre auch der größte Theil des Objekts zerstört, so geht

[61]) Vgl. auch L. 45. D. de eviction. 21, 2. Jemand hatte, nach dieser Stelle, einen fundus, den er für 100 Joch groß hielt und ausgab, der aber in der That größer war, im Ganzen tradirt (fines amplius emtori demonstraverat): das Eigenthum an dem Grundstück in seinem ganzen Umfang geht auf den Empfänger über, und der Tradent haftet demselben sogar auch rücksichtlich des Ueberschusses für Eviktionsleistung, weil er eben den *fundus*, und nicht 100 Joch Landes verkauft und tradirt hat.

[62]) Ueber die Frage, ob und welche obligatorische Wirkungen ein derartiger Irrthum haben kann, vgl. Vangerow III. S. 287.

[62a]) Wening-Ingenheim Civil-Rt. II. §. 78, Hoffmann S. 126, Richelmann §. 24, Treitschke §. 28, 29.

[63]) Es ist also hier gar nicht der Irrthum, der das Geschäft nichtig macht, sondern der Mangel am Objekt. — Vgl. L. 15. pr. D. contr. emt. L. 8. pr., L. 44 eod. L. 1, 7. D. hered. vend. 18, 4. L. 1. §. 9. D. O. et A. 44, 7.

[64]) Dieser Schein kann allerdings in den Fällen einer s. g. symbolischen Tradition entstehen (z. B. wenn im Moment, da eine Parthie Weinfässer durch symbolische Uebergabe der Kellerschlüssel tradirt wurde, dieselben bereits vom Feuer verzehrt waren) s. oben Note 37, 38.

[64a]) Die von Richelmann S. 96 behauptete Ausnahme, daß bei allen einseitigen Verträgen „über Haupt- und Nebensachen, wenn die erstere untergegangen ist, vermöge der Regel, daß mit dem Prinzipale auch das Accessorium

doch der Rest jedenfalls in's Eigenthum des Empfängers über.[65]) Liegt aber hierüber ein Irrthum vor, so daß einer der Kontrahenten die theilweise vernichtete Sache für unversehrt hält oder umgekehrt, so fällt derselbe je nach der Natur des zu tradirenden Gegenstandes[66]) entweder unter den Gesichtspunkt eines Irrthums in der Quantität, oder eines Irrthums in der Qualität der Sache; es sind demnach auf derlei Fälle die oben unter **b** entwickelten, oder die unter **d** folgenden Grundsätze anzuwenden.

d) Irrthum über eine Qualität der Sache.[67]) Während bei zweiseitigen Verträgen dem Irrthum über gewisse Qualitäten der Sache Einfluß auf die Giltigkeit des Vertrages eingeräumt wird (Vangerow, III. S. 281, Arndts §. 239), ist dieß bei einseitigen Verträgen dann nie der Fall, wenn der Promissar irrt; für den dinglichen Pfandvertrag und die Stipulation ist das in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben[68]) und gilt ohne Zweifel ganz ebenso für die

---

falle, auch über die Nebensache der Vertrag nicht bestehen bleibt" ist gewiß nicht anzunehmen und wird auch von R. lediglich auf die allgemeine Sentenz der L. 129. §. 1, 178. D. R. J. (50, 17) gestützt. — Wenn mir eine Geige sammt Zubehör geschenkt wurde, sie selbst aber unglücklicherweise verbrannt ist, warum sollte ich nicht das Recht haben den Bogen zu verlangen?

[65]) Es besteht also die Tradition, während die Obligation in der Regel nichtig ist, oder wird. (Vgl. §. 880, §. 1048, Pr. L.-Rt. I. 11. §. 39, 42). — Die verwickelten Bestimmungen der L. 57. pr. L. 58. D. contr. emt. (Vang. III. S. 279 f.) beziehen sich nur auf zweiseitige Verträge.

[66]) Je nachdem nämlich derselbe ein organisches Ganze ist, so daß der Abgang eines oder mehrerer Theile die Qualität des Restes nothwendig beeinträchtigt, oder nicht, indem jener Abgang nur quantitativ in Betracht kommt. (Ein Buch dem Blätter, ein Werk dem einzelne Bände fehlen — ein Wald, der theilweise abgeholzt, ein Faß mit Obst, das theilweise verdorben ist u. s. w.)

[67]) S. außer den in N. 13 Angef. noch Renaud im Arch. f. civ. Praxis XXVIII. S. 247 f., Kritz, Rechtsfälle IV. S. 345 f. Letzterer will den Irrthum in Eigenschaften überhaupt nur dann die Nichtigkeit des Vertrags bewirken lassen, wenn die betreffende Eigenschaft vom Nehmer insbesondere bedungen oder doch vom Geber „prädizirt" war, und bemüht sich, in geschmackloser Polemik gegen Savigny, diese Supposition in alle hierhergehörigen Quellenstellen hineinzudeuten.

[68]) L. 1. §. 2. D. pign. act. (13, 7): Si quis tamen, cum aes pignori daret, affirmavit, hoc aurum esse, et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit, et numquid quia in corpus consensum est, pignori esse videatur: quod magis est. Cf. L. 20. D. de furtis. L. 22. D. V. O. (45, 1).

Tradition: die Unwesentlichkeit des Irrthums beruht hier auf der gewiß gerechtfertigten Annahme, daß, wer das Bessere zu erhalten glaubt und erhalten will, beim einseitigen Vertrag jedenfalls auch das Schlechtere lieber, als gar nichts will;[69]) um so mehr umgekehrt.

Irrt der **Promittent**, so kommt es weiter darauf an, ob er die versprochene Sache irrthümlich für besser, oder ob er sie für schlechter hält, als sie wirklich ist: im ersten Fall ist sein Irrthum aus naheliegenden Gründen stets irrelevant,[70]) im zweiten Fall kann derselbe allerdings ein den Willen ausschließender sein, denn wer das vermeintlich Schlechtere geben wollte, hat das in Wirklichkeit Bessere vielleicht nicht gewollt.[71])

Ob nun im einzelnen Fall dieser Unterschied zwischen der wirklichen und der vermeintlichen Qualität der Sache der Art sei, daß der Irrthum hierüber den Uebertragungswillen im Tradenten ausschloß, darüber kann möglicher Weise schon bei der Tradition selbst von dem Irrenden eine Erklärung abgegeben worden sein,[72]) oder hinterher der Beweis geführt werden. Allein bei der Schwierigkeit eines solchen Beweises wird es in den meisten Fällen darauf ankommen aus der Qualität selbst, worüber geirrt wurde, darauf zu schließen, ob dieser Irrthum ein den Willen ausschließender gewesen sei oder nicht; und indem gewisse Beschaffenheiten der Sache vom Gesetz als **wesent-**

---

[69]) Für den Fall der Schenkung vgl. **Savigny** III. S. 299.

[70]) Aus der über zweiseitige Verträge handelnden L. 57. §. 2, L. 58. D. contr. emt. ergibt sich, daß der Kauf besteht, wenn der Verkäufer die Sache irrthümlich für besser hielt, der Käufer aber nicht irrte. Letztere Bedingung fällt bei einseitigen Verträgen weg (s. oben).

[71]) Dieß hat **Hoffmann** S. 116 gänzlich übersehen; indem er lediglich L. 22. D. V. O. (die den entgegengesetzten Fall enthält) vor Augen hat, kommt er zu der absurden Behauptung, daß ein Irrthum in der Qualität überhaupt **nur** bei zweiseitigen Verträgen von wesentlicher Bedeutung sein könne.

[72]) Wenn eine ausdrückliche Erklärung des Tradenten es erweist, daß er nur unter Voraussetzung einer gewissen Qualität der Sache tradiren wollte, so ist es freilich gleichgiltig, was für eine Eigenschaft es war, über die er irrte: der Irrthum war in diesem besondern Fall gewiß relevant. In diesem Sinn verstehe ich die Worte „und erkläret worden" (b. Gb. §. 871, cf. A. L.-Rt. I. 4. §. 77), aber freilich ist der Paragraph höchst unglücklich stylisirt, insofern aus dem Wortlaut desselben sich ergeben würde, daß der Irrthum über eine Beschaffenheit **nur** dann unter diesen Paragraph falle, wenn „die Absicht darauf ... erkläret worden."

liche (§. 871, 872) bezeichnet werden, stellt dasselbe die Präsumtion[73]) auf, daß wo über solche Beschaffenheiten geirrt wurde, in der Regel — vorbehaltlich des Gegenbeweises — ein wahrer Wille nicht vorliege.

Welche Beschaffenheiten nun aber als wesentlich zu betrachten, wann daher der Irrthum in qualitate ein wesentlicher sei, darüber hat unser Gesetzbuch keine Bestimmungen.[74])

Die ältere und neuere Doctrin[75]) bis auf Savigny ging bei dieser Frage von dem Prinzip aus, daß es stets darauf ankomme, ob der Irrthum die Substanz der Sache, oder lediglich deren größere oder geringere Brauchbarkeit, Feinheit oder Güte *(bonitas)* betreffe: im ersten Fall sollte derselbe als wesentlich, im letztern als unwesentlich zu betrachten sein. Seit Savigny's Ausführungen aber ist man allgemein zu der Erkenntniß gekommen,[76]) daß der Irrthum über eine Eigenschaft der Sache immer dann und nur dann als den Willen ausschließend zu betrachten sei, „wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört" (Syst. III. S. 283); dazu ist aber Verschiedenheit der Substanz weder erforderlich, noch immer genügend. Es liegt also z. B. kein wesent-

---

[73]) S. was Vangerow III. S. 281, 282 gegen Renaud a. a. O. ausführt.

[74]) Der Zwischensatz (§. 871): „worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erkläret worden" enthält theils eine bloße Umschreibung des Ausdrucks „wesentl. Beschaffenheit", theils (s. Note 72) eine Unrichtigkeit: denn eine gewisse Qualität einer Sache wird dadurch keineswegs zur wesentlichen, wenn etwa Jemand „erklärt", daß es ihm gerade besonders auf dieselbe ankomme; vielmehr ist die Frage nach der Wesentlichkeit einer Eigenschaft rein objektiv, und gerade nur da von Bedeutung, wo der Irrende sich nicht darüber „erkläret" hat, wie weit sein Wille von jener irrigen Voraussetzung abhänge.

[75]) So auch noch Richelmann §. 15, und alle älteren Schriftsteller vor Savigny; z. B. auch Zeiller III. S. 34, 35 (s. oben Note 51).

[76]) S. vor Allem Sav. III. §. 135—139, dessen überzeugende Darstellung sofort durchgedrungen ist. Vang. III. S. 281 f., Sintenis I. S. 198 f., Puchta §. 65 u. Vorlesungen dazu, Arndts §. 239, Windscheid §. 76. — Vgl. aber auch Bekker, krit. Vierteljahrschrift III. S. 187 f., Herrmann, Ztschr. für Civilrecht u. Proz. n. F. III. 6.

licher Irrthum vor, wenn über die Holzgattung,[77]) woraus die Sache verfertigt ist, den größeren oder geringeren Feingehalt eines goldenen Gefäßes geirrt,[78]) wenn abgetragene Kleider für neue, verdorbener Wein für guten gehalten wird[79]) u. s. w., wohl aber dann, wenn unedles Metall für edles, Essig für Wein, eine Kuh für einen Ochsen u. s. w. gegeben ist.[80]) Wird die in Rede stehende Sache von den Kontrahenten irrthümlich für in commercio gehalten, so ist das Rechtsgeschäft nicht dieses Irrthums wegen, sondern darum nichtig, weil eben über res extra commercium Rechtsgeschäfte nicht geschlossen werden können (§. 878 d. Gb. L. 6, §. 1. L. 22. D. contr. emt.).[81])

---

[77]) L. 21. §. 2. D. act. emt. (19, 1). Ueber diese Stelle herrscht wegen der abweichenden Lesart „emtionem esse“ (Flor.), und „emtionem non esse“ (Vulg.) viel Streit; ich halte mit Savigny III. S. 287 und Vangerow S. 284 die Entscheidung nach der ersteren Lesart schon darum für die richtige, weil die edleren Holzarten den minder edlen im Verkehr keineswegs als grundverschiedene Dinge entgegengesetzt werden, wie dieß allerdings bei den edlen Metallen der Fall ist. — A. M. Richelmann §. 15, Hoffmann S. 118 u. A.

[78]) L. 10, L. 14. D. contr. emt.

[79]) L. 9. §. 2. L. 45. D. h. t. Ueber den letzten Satz dieser Stelle und dessen Widerspruch mit L. 14. cit. s. Vangerow S. 282 f.

[80]) L. 9. §. 2. L. 41. §. 1. D. h. t. — L. 9. §. 2. D. h. t. — arg. L. 11. §. 1. D. h. t. Vgl. auch die von Zeiller III. S. 34 beigebrachten Beispiele, deren letztes jedoch gar nicht auf den besprochenen Fall paßt; denn wenn ich „ein Pferd zum Wettrennen“ bestellt habe, und der Verkäufer schickt mir einen „gemeinen Klepper“, so liegt gar kein Irrthum, sondern mangelhafte Erfüllung des Vertrags vor, es kann daher von Nichtigkeit des letzteren gar nicht die Rede sein: ich werde vielmehr den „gemeinen Klepper“ nach Hause jagen und ex emto auf Erfüllung klagen. — Theilweise unrichtig auch Nippel VI. S. 56.

[81]) Beim Kauf scheinen die Römer in solchen Fällen zu Gunsten des irrenden Käufers dennoch Giltigkeit des Vertrags anzunehmen, indem sie denselben ex emto sein Interesse einklagen lassen. L. 4, 5, 62. §. 1, L. 70. D. h. t. cf. L. 45. C. de eviction. 4, 45. L. 39. §. 3. D. eod. Allein in der That besteht der Vertrag doch nicht (es ist daher unrichtig, wenn Richelmann §. 22. N. 154 behauptet, es sei hier der Irrthum „der alleinige Grund der Giltigkeit des Vertrags“), sondern es wird lediglich aus Billigkeitsgründen (quia difficile dignosci potest... L. 5. cit.), obgleich kein Kauf besteht, dem Irrenden dennoch eine Klage ex emto auf sein Interesse gegeben; (ähnlich den Fällen in L. 6. §. 1. D. h. t. L. 4. pr. D. leg. commiss. 18, 3. L. 16. D. rem ratam hab., wo a° venditi aus einem durch Resolutivbedingung aufgelösten Kauf gestattet wird). Dieß wird

Nach Analogie der eben angeführten Beispiele ist (unter Umständen mit Zuziehung von Sachverständigen behufs Ermittlung der im wirklichen Verkehr herrschenden Anschauung) im Einzelnen zu entscheiden, wann die Beschaffenheit der Sache, über welche geirrt wurde, eine wesentliche (§. 871) sei.

Es ist also nach allem Obigen ein bei der Tradition unterlaufener Qualitäts-Irrthum nur unter der dreifachen Voraussetzung ein wesentlicher: daß der Tradent es war, der irrte, daß er in deteriorem causam irrte, und endlich, daß die Qualität, worüber er irrte, als eine im oben entwickelten Sinn wesentliche Eigenschaft der tradirten Sache betrachtet werden muß.

e) Irrthum in der Person. Ist der Empfänger im Irrthum über die Identität der Person des Tradenten, so ist dieser Irrthum stets ohne Einfluß auf die Giltigkeit der Tradition, da kein rechtliches Interesse den Empfangswillen des ersteren von der (irrigen) Vorstellung eines individuell bestimmten Gebers abhängig macht.[82])

Irrte aber der Tradent über die Person des Nehmers, so kommt es darauf an, ob er gerade dem vermeintlichen Nehmer[83]) und nur diesem tradiren wollte, oder ob ihm die Individualität des Letzteren das Secundäre, das Geschäft selbst die Hauptsache war: nur im ersten

---

denn auch von Modestinus scharf betont in L. 62. §. 1. cit.: Si nesciens loca sacra . . . pro privatis comparavit, *licet emtio non teneat,* ex emto tamen adversus venditorem experietur. . . . — Bei der Stipulation aber ist von einer derartigen Concession an die Billigkeit nicht die Rede, L. 1. §. 9. D. O. et. A. 44, 7. Pr., §. 2. J. de inutil. stip. 3, 19. — Ebensowenig kann nach österr. Recht (§. 878) in diesen Fällen von Giltigkeit des Vertrags die Rede sein: dem Käufer steht, falls dem Verkäufer ein Verschulden zur Last fällt, die Schadenersatzklage, sonst lediglich condictio des etwa seinerseits Geleisteten zu.

[82]) Daher ist im Fall der L. 32. D. reb. cred. ein Darlehensvertrag zwar nicht zu Stande gekommen (nullum negotium mecum contraxisti), weil der error in persona des Gebers den Consens ausschloß, dennoch aber sind die Geldstücke Eigenthum des Nehmers geworden, und dieser zu deren Rückgabe nur obligatorisch verpflichtet: quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

[83]) Bei oblig. Verträgen bildet dieß die Regel, bei der Tradition die Ausnahme. S. die verschiedenen Ansichten hierüber bei Richelmann S. 23 f., Savigny S. 269 f.

Falle bildet die Rücksicht auf eine bestimmte Person einen integrirenden Theil des Vertragswillens, und der Irrthum darüber schließt diesen Willen aus.[84]) In der Natur der Sache liegt es, daß in den weitaus meisten Fällen des Verkehrs dem Tradenten die Individualität des Empfängers vollständig gleichgiltig ist; anders wird dieß regelmäßig dort sein, wo in der Tradition ein Kreditum[85]) oder eine Schenkung liegt; denn beide Geschäfte ruhen wesentlich auf persönlicher Grundlage, es wird also dabei von vornherein stets anzunehmen sein,[87]) daß der Wille des Gebers durch die Individualität[88]) des Nehmers wesentlich

---

[84]) S. auch Pr. L.-Rt. I. 4. §. 76. Code civ. a. 1110. L. 52. §. 21. L. 66. §. 4. D. de furtis 47, 2 u. unten Note 88. — Scheurl S. 214.

[85]) Wenn mir also der Kaufmann die auf Borg gekaufte Waare (§. 1063) tradirt hat, weil er mich fälschlich für den ihm wohlbekannten N. N. hielt u. s. w. Dasselbe gilt für den Fall, daß Jemand, indem er sich betrüglich für eine andere Person ausgibt, die Zuzählung eines Darlehens erschwindelt: es ist nicht nur dieser Vertrag nichtig, sondern auch die Tradition, und die Geldstücke können vindizirt werden.

[87]) S. Stubenrauch III. S. 32, Zeiller III. S. 36, 37, Nippel VI. Seite 59, 60.

[88]) Ueber den Begriff des error in corpore hominis (Identitätsirrthum in der Person) hat in neuerer Zeit Windscheid eine Ansicht aufgestellt, die m. E. nicht haltbar ist; derselbe meint nämlich (Pand. I. §. 76. N. 6), „daß die Willenserklärung auf eine nicht gewollte Person gehe, darf man aber nur dann sagen, wenn durch sie in der That ein anderes Individuum bezeichnet wird, als der Erklärende will, nicht aber dann, wenn der Erklärende dasjenige Individuum, welches er wirklich bezeichnen will, für ein anderes Individuum hält." (Vgl. die oben Note 85 angef. Beispiele.) Im letzteren Fall soll lediglich ein Irrthum „in den Eigenschaften der Person" vorliegen, woraus sich ergibt, daß derselbe ohne Einfluß auf die Giltigkeit des Rechtsgeschäftes, und namentlich eine Eigenthumsübertragung in solchen Fällen (nach gem. Recht) stets wirksam ist. — Ohne hier auf die metaphysische Frage, in wie weit die Dinge selbst vom Wechsel ihrer Merkmale unabhängig sind, einzugehen, scheint mir denn doch so viel gewiß, daß es ein durchaus Anderes ist, über Eines oder viele der Merkmale einer Person, — und über die Summe aller ihrer Merkmale zu irren, durch welche Summe sie eben das ist, was sie ist, dieses bestimmte Individuum, Person; dieser Unterschied wird deutlich gefühlt, wenn man Anstoß nimmt zu behaupten, es sei eine Eigenschaft von mir, daß ich der X bin und nicht der Y, und derjenige befinde sich im Irrthum über meine Eigenschaften, der mich etwa fälschlich für den Y hält. Dieß aber müßte W. folgerichtig behaupten und er tritt damit, wie mit seiner a. a. O. aufgestellten „Stufenleiter", deren

bestimmt ist; und ebenso dann, wenn die Tradition behufs Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit (solutionis causa) vorgenommen wird, denn hier geht der Wille des Tradenten der Natur der Sache nach

---

erste Sprosse ein Merkmal, deren letzte das Ganze ist, in den lebhaftesten Widerspruch mit dem gerade von ihm so sehr urgirten Satz (s. z. B. S. 418), daß das Ganze nicht schlechthin der Summe seiner Theile gleich ist, sondern als Ganzes „gegenüber seinen Bestandtheilen ein selbstständiges Dasein hat", — ein Satz, der, wenn irgendwo, gewiß in seiner Anwendung auf das menschliche Individuum seine Richtigkeit hat, denn hier kann es am wenigsten zweifelhaft sein, daß das Ganze seinen Theilen gegenüber das Ueberwiegende ist, dieselben mehr durchdringt, als von ihnen zusammengesetzt wird. — Es liegt also, wie ich glaube, in den beiden von W. erwähnten Fällen (s. die oben cit. Sätze) allerdings Irrthum über die Identität der Person vor; dieser Irrthum aber ist nicht immer ein wesentlicher, sondern nur dann, „wenn in der That ein anderes Individuum bezeichnet wird, als der Erklärende will". Gegen diese Formel als solche läßt sich wohl nichts einwenden, allein unrichtig scheint es mir, wenn W. als selbstverständlich annimmt, daß die Fälle der Tradition unter dieselbe nicht fallen können: vielmehr hat der Tradent, welcher in der Absicht dem A und nur dem A zu schenken das Geschenk dem B (als vermeintlichem A) in die Hand drückt, damit gewiß „ein anderes Individuum bezeichnet", als das, welchem er schenken will; in der Uebergabe liegt eben die Bezeichnung des Nehmers, gerade so, wie im Hinschreiben des Namens die Bezeichnung des Erben. Freilich ist es wohl möglich, daß der Tradent dem B schenken wollte, obgleich er ihn für A hielt, allein davon ist hier nicht die Rede. Nach W's. Auffassung liegt aber auch in dem obigen Beispiel gar kein Identitätsirrthum vor, Tradent wollte den B „wirklich bezeichnen", weil und indem er ihm die Sache in die Hand drückte; wenn er dabei an A dachte, so ist dieß lediglich ein Irrthum in den „Eigenschaften" des B, welcher den Eigenthumsübergang an letzteren keineswegs hindert. Um die Unhaltbarkeit dieser Ansicht anschaulich zu machen, nur noch ein grelles Beispiel: Ich will dem vor mir stehenden A meine Uhr tradiren, der hinter A verborgene B streckt im rechten Augenblick seine Hand vor, und ich lege die Uhr irrthümlich in B's statt in A's Hand. Nach W. ist B Eigenthümer, denn ob die Person, mit der ich den Empfänger verwechsle, gegenwärtig ist, oder nicht, das kann doch wohl keinen Unterschied machen. — Direkte Quellenzeugnisse finden sich weder für noch gegen die hier bekämpfte Ansicht; die gewöhnlich hierher citirten L 52. §. 21., L. 66. §. 4. D. de furtis enthalten in der That eine Entscheidung unserer Frage nicht, da die dort dargelegten Fälle durchgehends ein furtum involviren, welches ein selbstständiges Hinderniß des Eigenthumsübergangs ist (vgl. L. 38. §. 1. D. solution. 46, 3. und a. s. Note 16); eine Andeutung scheint mir jedoch in L. 43. §. 1. D. furtis (verb. nam et manent nummi creditoris . . .) zu liegen, obwohl auch in dieser Stelle ein furtum vorliegt.

darauf, daß gerade dem Gläubiger tradirt werde, da er durch Tradition an einen Dritten nicht liberirt wird. —

Betrifft der Irrthum bloß diese oder jene Eigenschaften[89]) des Empfängers, so ist er jedenfalls unwesentlich[90]) (L. 14. §. 3. D. in diem add. 18, 2. L. 19. pr. D. R. J. 50, 17), und die Tradition besteht. — Wird die mangelnde Dispositionsfähigkeit des Gebers oder Empfangsfähigkeit des Nehmers irrig als vorhanden angenommen, so ist es wieder nicht dieser Irrthum, sondern jener Mangel, wodurch die Tradition gehindert wird; im umgekehrten Fall, wenn einer oder beide Kontrahenten irrthümlich voraussetzen, daß es an einem derartigen Erforderniß giltiger Eigenthumsübertragung gebreche, ist es durchaus nach den Umständen zu beurtheilen (quaestio facti), ob sie dennoch ernstlichen Traditionswillen[91]) hatten, oder ob vielmehr ein Scheingeschäft (Simulation) vorliegt.[92])

f) Irrthum über das Eigenthum an der Sache. Wenn eine der tradirenden Parteien sich darüber im Irrthum befand, wem das Eigenthum an der zu übergebenden Sache zustehe, so sind wieder mehrere Fälle zu nnterscheiden:

aa) Hält der Tradent die ihm gehörende Sache irrig für eine fremde,[92a]) und hat dieselbe in fremdem Namen (z. B. als Vormund

---

[89]) Der Irrthum ist in solchen Fällen stets irrelevant, wohl aber kann, wenn derselbe dolos erzeugt war, dieses dolus (causam dans) wegen geholfen werden; vgl. §. 248, oben Note 16, 42. Unger §. 81. N. 22. In diesem Sinne ist auch Zeiller aufzufassen, wenn er ad §. 873 von „Vorspiegelung von Eigenschaften“ spricht, (Comm. III. S. 37.)

[90]) So bei der Tradition. Anders kann dieß je nach der besonderen Lage der Umstände bei Obligationen (namentlich in faciendo) sein, vgl. Vangerow III. S. 290. — Wenn aber Hoffmann S. 134 behauptet, daß bei obligat. in faciendo ein Irrthum über das Geschlecht des andern Kontrahenten durchgehends wesentlich sei, und dafür L. 11. §. 1. D. contr. emt. (die gar nicht hievon spricht) anführt, so ist dieß rein aus der Luft gegriffen.

[91]) S. darüber unten Note 97.

[92]) In diesem Fall liegt gar kein Wille vor; derselbe kann jedoch nicht als durch den Irrthum ausgeschlossen betrachtet werden, da es gar nicht ausgemacht ist, ob die Parteien, wenn sie um den wahren Sachverhalt gewußt hätten, einen Vertrag überhaupt abgeschlossen hätten.

[92a]) Vgl. Scheurl a. a. O. S. 193, Vangerow I. S. 570 f., Wind-

des vermeintlichen Eigenthümers) tradirt, so verliert er dadurch das in der That ihm selbst zustehende Eigenthum nicht, denn er wollte eine Rechtsveränderung aus seinem Vermögen gar nicht vornehmen. Si procurator meus, vel tutor pupilli, rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderit, non recessit ab iis dominium, . . . quia nemo errans rem suam amittit.[93]) L. 35. D. aqu. dom. 41, 1. cf. L. 15. §. 2. D. contr. emt. L. 3. §. 8. D. cond. caus. dat. 12, 4. L. 49. D mandati.[94]) — Anders, wenn derselbe die vermeintlich fremde Sache im eigenen Namen tradirte (wenngleich er

---

scheid §. 172. N. 10, Jhering, Jahrb. f. Dogm. I. S. 155 f., II. S. 149 f., Zeiller II. S. 133.

[93]) Savigny, Syst. III. S. 355, Thibaut, Vers. II. S. 107 versuchen diese Stelle auf einen error in persona zu deuten; dagegen Puchta, Pand. §. 148 n. i., Vorlesungen I Beilage XV., Richelmann §. 28, Brinz §. 55, Göschen, Vorles. II, S. 171. — Nicht im Widerspruch mit L. 35 cit. steht die schwierige und vielbesprochene L. 49. D. mandati 17, 2. S. darüber Jhering, Vangerow a. a. O. — Eine Abweichung von dem Grundsatz der L. 35 enthält m. E. jedoch L. 41. D. R. C. 12, 1., worin gesagt ist, daß der Erbe, welcher im Namen seines vermeintlich noch lebenden Erblassers ein Darlehen gibt, das Eigenthum der Geldstücke allerdings auf den Empfänger übertrage, obwohl er offenbar seine Sache (denn er ist schon Erbe) als eine fremde tradirt. Wenn Richelmann (S. 114) hier die Schwierigkeit damit beseitigen zu können meint, daß er sagt, es sei ja doch immer „dasselbe Eigenthum" gewesen, was übertragen worden, und es komme nur darauf an, „daß der hierauf gerichtete Wille und die Vorstellung von der Beschaffenheit (!) des Eigenthums genau übereinstimmen", so liegt darin keine Beseitigung des Widerspruchs, sondern eine Verhüllung desselben unter unklare Begriffe. Die erklärende Bemerkung des Cujaz (op. omn. II. §. 526, tract. VIII. ad African.), daß „defunctus et heres *prope* eadem persona" sei, scheint mir allerdings das Richtige zu treffen, enthält aber zugleich das Zugeständniß, daß wir es hier denn doch der L. 35 cit. gegenüber mit einer Anomalie zu thun haben.

[94]) Aus dem zweiten der in dieser Stelle behandelten Rechtsfälle wurde von Einigen (z. B. Richelmann S. 106, Scheurl a. a. O.) die Regel abgeleitet, daß bei der Tradition schon der Irrthum über die Erwerbsart des Eigenthums an der Sache (causa aquisiti dominii) ein wesentlicher sei. Durch die von Jhering a. a. O. II. S. 149 (vgl. Glück VIII. S. 112, Mühlenbruch Cession §. 13. N. 126) gegebene Interpretation der L. 49. cit. aber, wonach in derselben gar nicht von error in causa dominii, sondern von error in dominio die Rede ist, ist jede Veranlassung zur Aufstellung eines so abnormen Satzes weggefallen.

dazu kein Recht zu haben glaubte): hier besteht die Tradition, es ist plus in veritate, quam in opinione.[95])

bb) Tradirt Jemand fremde Sachen, die er irrig für sein Eigenthum hält, so ist, falls er dazu nicht rechtlich befugt war, die Tradition gar nicht des Irrthums wegen, sondern eben um dieser mangelnden Befugniß willen nichtig (§. 442 fin.); wäre er aber auch zur Veräußerung der Sache des Dritten (z. B. als dessen Curator) berechtigt gewesen, so hat eben jener Irrthum es ihm unmöglich gemacht für diesen tradiren zu wollen: er wollte vielmehr sein Eigenthum übertragen, und nicht das eines Dritten. Nach Analogie des vorher angeführten Falles fehlt es nun aber hier am erforderlichen Traditionswillen, daher Nichtigkeit des Aktes angenommen werden muß. (arg. L. 35. D. cit.) — War insbesondere die vermeintlich dem Tradenten gehörende Sache bereits Eigenthum des Nehmers, so kann natürlich von Eigenthumsübergang weiter nicht die Rede sein; allein wenn dem Uebergeber ein dingliches Recht an der tradirten Sache zustand, so bewirkt die Tradition den Untergang desselben durch Confusio.[96])

cc) Ist der Nehmer der irrigen Meinung, daß die ihm tradirte Sache dem Uebergeber nicht gehöre und derselbe auch sonst zur Vornahme der Tradition nicht berechtigt sei, so kann dieß die Wirkung der an sich giltigen Tradition nicht beeinträchtigen, wenn anders der Empfänger den Willen hatte die Sache für sich zu erwerben, welchen Willen das Bewußtsein von der Unmöglichkeit rechtlichen Erwerbs keineswegs nothwendig ausschließt:[97]) tametsi existimat, se non

---

[95]) Arg. §. 11. Inst. de legatis 2, 20. L. 4. §. 1. D. manumiss. vind. 40, 2. Quoties dominus servum manumittat, quamvis existimet alienum esse eum, nihilominus verum est, voluntate domini servum manumissum: et ideo liber erit. — Auf die vermeintliche Unrechtmäßigkeit des Aktes kommt nichts an. Vgl. unten Note 97.

[96]) Vgl. oben Note 30—33. — L. 22. L. 1. §. 4. D. V. O. 45, 1. L. 1. §. 2. D. pign. act. 13, 7. L. 29. D. eod. Richelmann §. 27.

[97]) Cf. L. 4. §. 1. D. man. vind. 40, 2. — Wenn Scheurl (S. 211) in der Entscheidung der L. 9. cit. eine Anomalie findet, indem keine volle Willensübereinstimmung vorliege, da der Empfänger in Folge seines Irrthums wahren Eigenthumswillen nicht haben könne, so muß ich diesem Bedenken aus dem im Text bezeichneten Grund entgegentreten. Es scheint mir, daß man sich selbst Schwierigkeiten bereitet, die in der Sache nicht liegen, wenn man hier den Begriff

a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur. (L. 9, §. 4. D. de jur. et f. ign. 22, 6.)

g) Irrthum über den Rechtsgrund der Tradition. Aus dem, was oben (S. 82 f.) über causa traditionis, und über die Unabhängigkeit des dinglichen Traditions-Vertrags von einer demselben möglicherweise zu Grunde liegenden Obligation gesagt wurde, ergibt sich von selbst der hier maßgebende Grundsatz: Ein Irrthum über Dasein oder Art jener causalen Obligation, deßgleichen über die rechtliche Absicht, aus welcher die Tradition erfolgt, ist als solcher niemals wesentlich,[98]) da ja die Giltigkeit der Tradition von der Beschaffenheit ihrer causa nach österreichischem Recht in keiner Weise bedingt wird.[99]) Wohl aber kann sich in manchen Fällen aus dem Obwalten eines derartigen Irrthums ergeben, daß es am Traditionswillen gefehlt hat, und deßhalb der Act nichtig ist.[100])

Wenn bei der Tradition von der einen oder andern Seite Stellvertreter interveniren, kann es vorkommen, daß der Stellvertreter in einem Irrthum befangen ist, den der Prinzipal nicht theilt, oder umgekehrt: das ändert an der Bedeutung des Irrthums an und für sich nichts; die Frage, auf welche der beiden Personen (Prinzipal oder Stellvertreter) es dabei ankommt, ist oben (S. 130, 140) beantwortet worden.

Nachdem im Bisherigen dargelegt ist, unter welchen Bedingungen

---

des „Eigenthums-Erwerbswillens" urgirt: es handelt sich in der That bei der Tradition zu Eigenthum, wie bei der Besitzerwerbung lediglich um den animus rem sibi habendi, d. h. hier: den Willen die Sache nicht bloß faktisch, sondern zu Recht zu erwerben; und diesen Willen hat auch der, welcher annimmt, es werde sich für ihn aus dem Traditionsakt zwar nicht das Eigenthum, aber doch das Publizianische Recht ergeben.

[98]) S. auch Zeiller III. S. 36, Nippel VI. S. 58. L. 36. D. aqu. dom. 41, 1 (cf. L. 18. D. R. C. 12, 1). L. 3. §. 1. D. O. et. A. 44, 7. L. 53. D. cond. indeb. 12, 6.

[99]) Daher wird durch Rescission (§. 877, 1487) eines Vertrags, auf Grund dessen Eigenthum übergeben worden ist, dieses nicht mit aufgehoben, sondern lediglich ein Restitutionsanspruch (cond. sine causa) für den Tradenten begründet.

[100]) Wollte z. B. der Tradent deponiren, der Empfänger ein Darlehen entgegennehmen, so hat letzterer freilich kein Eigenthum erworben; aber nicht wegen des Irrthums oder Mißverständnisses, sondern darum, weil, wer zu deponiren beabsichtigt, nicht Eigenthum übertragen will.

Zwang, Betrug und Irrthum für die Giltigkeit der Tradition von entscheidendem Einfluß sind, ist nun noch kurz anzugeben, wie diese Momente nach österreichischem Recht wirken, wenn sie den oben entwickelten Grundsätzen gemäß überhaupt wirken.[101])

Es ist nach dem Sinne und der Fassung unserer Gesetzesstellen[102]) keinem Zweifel unterworfen, daß wir es überall, wo die Giltigkeit einer Tradition[103]) durch Zwang, Betrug oder Irrthum[104]) ausgeschlossen ist, mit einem Fall sogenannter relativer Nullität[105]) zu thun haben; d. h. dieß Geschäft ist zwar ipso jure nichtig (nicht

---

[101]) Es ist dieser Punkt bereits von Unger (II. §. 91. Nr. V. S. 125 f., S. 48, N. 17) so vollständig in's Klare gebracht, daß ein ausführlicheres Eingehen darauf hier überflüssig erscheint.

[102]) Vgl. §. 871 „so entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit"; §. 877, 1487. Zeiller III. S. 34, 43.

[103]) Es ist hier, wie überall in dem Obigen, nur von der Giltigkeit der Tradition als Form der Eigenthumserwerbung oder Bestellung dinglicher Rechte die Rede; in wiefern dadurch zugleich Besitz erworben wird oder nicht, bestimmt sich gar nicht nach den aus dem Wesen der Tradition als Vertrag fließenden Grundsätzen, da ja — wie bereits wiederholt betont wurde — die Besitzerwerbung stets ein einseitiger Akt ist und in sofern von Besitzerwerb durch Tradition streng genommen gar nicht gesprochen werden darf. Vgl. Puchta im Rt.-Lex. II. S. 55. und oben I. S. 11.

[104]) Hier ist jedoch der Fall des Mißverständnisses (§. 869) auszunehmen, wo auch nach österr. Recht die Nichtigkeit stets eine absolute ist. S. darüber oben S. 262 f.

[105]) Ueber den Begriff der relat. Nullität, Unger a. a. O., Vangerow II. S. 247 f. und die dort Angef. Ueber die innere Möglichkeit dieses Begriffes herrscht gegenwärtig noch Streit, s. die Literatur bei Unger II. S. 150, N. 42, Arndts §. 234. A. 3. — Wenn die Gegner der relat. Nullität geltend machen (s. z. B. Brandis in Linde's Ztschft. VII. Nr. 4, 5), es liege darin ein logischer Widerspruch, daß, was für den Einen existire, für einen Andern nicht vorhanden sei (Brandis a. a. O. §. 1), so ist dagegen zu bemerken: Ein Anderes ist Existenz von Dingen und Fakten im natürlichen Sinn, ein Anderes Existenz oder Nichtexistenz eines Rechtsgeschäfts als juristisch wirksame Thatsache: hier ist gewiß plus juris, quam facti. Daß es übrigens schon im röm. Recht Fälle gibt, wo die juristische Existenz eines Rechtsgeschäfts vertragsmäßig von dem Belieben einer Partei abhängt, wird allgemein zugegeben (vgl. L. 2, 3. D. leg. commiss. L. 9. D. in diem addict. u. a.), und gehören nicht hieher alle unter einer potestativen Resolutivbedingung abgeschlossenen Geschäfte?

etwa bloß anfechtbar), diese Nichtigkeit wirkt aber nicht absolut, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der verletzte Kontrahent (resp. Andere in seinem Namen) dieselbe geltend macht.[106]) Als das direkte Rechtsmittel dieser Geltendmachung stellt §. 877 für obligatorische Verträge eine besondere Klage auf, deren Petit auf Nichtigerklärung des Vertrags geht: wenn es nun aber dem gezwungenen, betrogenen rc. Tradenten einerseits gewiß frei steht die Tradition mit einer Klage nach Analogie des §. 877 vorläufig als unwirksam erklären zu lassen, und hinterher dann auf Grund dieser Erklärung mit der rei vindicatio aufzutreten, so muß anderseits behauptet werden, daß diese etwas weitläufige Operation für den hier zu erreichenden Zweck keineswegs erforderlich ist. Es liegt vielmehr die erforderliche gerichtliche Geltendmachung der Nichtigkeit gewiß schon darin, wenn der Tradent einfach die Eigenthumsklage[107]) (oder bei Quasitradition von Servituten und Reallasten die actio negatoria) anstrengt und sich in dieser Klage auf den unterlaufenen Zwang u. s. w. als Nichtigkeitsgrund beruft (in welcher Berufung eine anticipirte replicatio doli liegt); über diese vorgebliche Nichtigkeit hat der Richter im Vindicationsprozeß selbst, als über ein Praejudicium, zu entscheiden. Auch diese indirekte Geltendmachung der Nullität muß, wie die direkte Klage des §. 877 auf eine dreijährige Verjährungsfrist (§. 1487) beschränkt werden, „wenn sich der andere vertragmachende Theil keiner List schuldig gemacht hat." —

Es liegen in der eben dargestellten Lehre des österreichischen Rechts, wonach Rechtsgeschäfte, die unter dem Einfluß eines Zwanges, Betrugs oder wesentlichen Irrthums eingegangen wurden, gleichmäßig als relativ nichtig behandelt werden, unläugbar Anomalien, woraus sich vom Standpunkt der streng logischen Theorie schwere Inconsequenzen ergeben: Im Fall einer durch Zwang oder Betrug (dolus causam dans) herbeigeführten Tradition ist es auch vom österreichischen Recht anerkannt, daß auf Seiten des Verletzten gleichwohl wahrer

[106]) Diese Grundsätze sind im Allgemeinen auch die des Pr. L.-Rts. (vgl. I. 4. §. 75, I. 5. §. 192, 186 f., Koch, Privat-Rt. §. 109, Rt. der Ford. II. S. 117, 132 f.) und des Code civ. (a. 1117, a. 1304 f. Vgl. Windscheid zur Lehre des C. N. von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte S. 255 f.).

[107]) Vgl. auch bei der römischen Restitution wegen metus: L. 9. §. 6, 5. D. quod metus 4, 2. L. 5. D. JJ. Rest. 4, 1.

Wille vorgelegen habe (vgl. oben unter A, 2 und Note 6), und dennoch ist, — wenn nur der Letztere das Seinige dazu zu thun nicht versäumt — die Tradition von Haus aus nichtig, gerade als wenn es an diesem Willen durchaus gefehlt hätte; es wird der wirklich vorhandene Wille von Rechtswegen als nicht vorhanden angesehen. Und umgekehrt, wenn bei der Tradition ein wesentlicher Irrthum unterlief, wenn also der Wille zur Tradition gar nicht vorliegt, sondern nur ein falscher Schein, der den Mangel desselben dem Auge der Handelnden vielleicht eine Zeitlang verbergen konnte, wird diese Tradition gleichwohl — wenn der Verletzte[108]) selbst ihre Nichtigkeit nicht geltend machen will oder kann — als giltig betrachtet und das Eigenthum ist definitiv übertragen.

In der That aber beruht dieser Eigenthumsübergang gar nicht auf wahrer Tradition (welche ohne den Traditionswillen undenkbar ist), sondern auf der — mit Rücksicht auf angebliche Verkehrsbedürfnisse aufgestellten — Fiktion einer solchen.

---

[108]) Richelmann (a. a. O. §. 5) stellt für das gemeine Recht die ganz unhaltbare Ansicht auf, daß es, wenn trotz des wesentlichen Irrthums im besonderen Fall doch noch Consens (?) denkbar wäre, allein dem Irrenden zustehe auf die Nichtigkeit des Geschäfts sich zu berufen, denn es soll seine „Erklärung von der Bedeutung des Irrthnms auf seine Einwilligung erst zeigen, ob ein wesentlicher Irrthum stattgefunden habe". Vgl. Brandis a. a. O. S. 127, N. 2, Glück IV. §. 299.

VIII.

Wirkung der Tradition. — Schluß.

1) Wenn alle die in den vorstehenden Abschnitten erörterten Erfordernisse zusammentreffen, wird der dingliche Vertrag in der Tradition perfekt: der Moment der Besitzeinräumung ist nach dem hier maßgebenden obersten Grundsatz des österreichischen, wie des gemeinen Rechts (a. b. Gb. §. 425, L. 20. C. de pactis, 2, 3) für die Uebertragung des dinglichen Rechts allein entscheidend; bis dahin bleibt der künftige Tradent Eigenthümer der Sache: non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur. (L. 66, 50, pr. D. R. V. 6, 1.) Er kann als Eigenthümer über dieselbe nach Belieben rechtswirksam verfügen, sie dinglich belasten, veräußern, derelinquiren u. s. w., und zwar auch dann, wenn er einem Andern zum dare der nämlichen Spezies rechtlich verbunden ist, durch jene dingliche Disposition also eine obligatorische Pflicht verletzt.[1]) Es wird daher insbesondere die Rechtswirksamkeit einer Tradition dadurch keineswegs beeinträchtigt, daß der Geber bereits seit einem früheren Zeitpunkt einem Dritten gegenüber zur Uebergabe der nämlichen Sache vertragsmäßig verpflichtet war: der Nehmer wird nichtsdestoweniger allein dinglich berechtigt,[2]) der Dritte bleibt unter

[1]) L. 15, 27. C. de R. V. 3, 32., L. 6. C. hered. vend. 4, 39., L. 11. C. action. emti, 4, 49.

[2]) B. Gb. §. 430. (Widersinnig ist hier das Wort „zuerst", ungenau der Ausdruck „gebührt": die Sache gebührt Beiden, aber sie gehört demjenigen, dem sie „übergeben worden ist".) L. 6. C. si quis alteri vel sibi, 4, 50. Quare

allen Umständen auf die Durchführung seines obligatorischen Anspruchs angewiesen. [3])

Hienach ergibt sich die Behandlung der Fälle, wenn Jemand dieselbe Sache successive an Mehrere veräußert und tradirt hat, von selbst; denn, war die erste Tradition trotz des dem zweiten Nehmer etwa zustehenden älteren Titels giltig, so ist eben darum die zweite, da sie nunmehr vom Nichteigenthümer ausgeht, in der Regel (§. 367) [4])

---

in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est. Ebenso nach deutschen Rechten, s. z. B. Hamburger Recht v. J. 1270, I. 7, Langenbeck, Glosse zum Hamb. Recht v. 1497: „wente hebbe ick erst gekofft und doch nicht entfangen, danegest heffst du datselve kofft unde entfangen, so bystu de negeste umme der besyttinge und hebbende were willen.“ — Eine Ausnahme hievon hatte die ältere gemeinrechtliche Doktrin (vgl. Brunnemann zu L. 15. C. R. V., Hommel, Rhapsod. quaestion. vol. 6. observ. 883, Eyles, de traditione symbolica p. 2, Leyser, Sp. 444, med. 3.) „ex unanimi fere interpretum sententia“ für den Fall aufgestellt, wenn der Nehmer im Augenblick der erfolgten Tradition bereits von einem derartigen, einem Dritten zustehenden Forderungsrecht Kenntniß hatte; dann sollte nämlich die Tradition wegen dieser angeblichen mala fides des Empfängers ungiltig sein: traditio ei non prodest, qui rem, quae ei traditur, alii jam promissam esse scit. Leyser l. c. Diese Ansicht, welche in das Preuß. Recht übergegangen ist (A. L.-Rt. I. 10. §. 23, 25, Koch I. §. 240, 253), wird auch für das österr. Recht trotz der ganz allgemeinen Fassung des §. 430 b. Gb. von einigen Schriftstellern vertheidigt. Schuster, in Pratobevera's Mater. VI. S. 220 f., Nippel III. S. 379 f. Allein dieselbe ist auf dem Boden des österr. Rechts ebenso irrig, wie nach gemeinem Recht, [gegen die Argumente Schusters s. schon Pratobevera's Zusatznoten zur angef. Abhandl., Nippel S. 378, Winiwarter II. S. 205; Nippels eigene Begründung desselben Satzes geht in Uebereinstimmung mit Leyser davon aus, daß der Nehmer durch Annahme der dem Dritten geschuldeten Sache an der fraus (?) des Gebers partizipire. Selbst dann aber, wenn hier wirklich ein Verschulden des Ersteren angenommen werden könnte (§. 1305, qui jure suo utitur, neminem laedit), würde sich daraus für ihn lediglich eine obligatorische Haftpflicht, keineswegs aber die Negation seines Eigenthumserwerbs ergeben], und an sich betrachtet gewiß verwerflich, da sie im Interesse mißverstandener Billigkeit („aequitas hanc sententiam tuetur“ Leyser l. c.) die Fundamente des Sachenrechts durchbricht. Unger, der sächs. Entw. S. 198, Stubenrauch I. S. 817.

[3]) §. 430 a. E. L. 6. C. hered. vend. 4, 39 . . . sed quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus quanti tua interest praestare cogetur.

[4]) Es kommt also darauf an, wie der Geber neuerdings zur Detention der

ungiltig: es entscheidet allein die Priorität der Uebergabe.[5]) — Dasselbe gilt, wenn die mehreren successiven Uebertragungsakte entweder theils symbolische theils echte,[6]) oder sämmtlich symbolische Traditionen sind; hätte ich also z. B. zuerst dem A den Lagerschein über meine deponirten Waaren (in der erforderlichen Willensmeinung) übergeben, sodann aber dem B diese selbst tradirt, oder erst dem A die Schlüssel des die verkauften Stücke enthaltenden Magazines, sodann dem B meine dießbezüglichen Erwerbsdokumente eingehändigt, — so ist A Eigenthümer der Waare. Und ebenso einfach löst sich hienach die Frage, welchem von mehreren Connossementinhabern das Eigenthum der Ladung zustehe; sind nämlich die mehreren Exemplare des Connossements an verschiedene Personen übertragen und von diesen selbst etwa wieder weiter begeben worden,[7]) so ist stets derjenige allein der dinglich Berechtigte, der sein Exemplar zuerst unmittelbar oder mittelbar (durch einen Vormann) vom Absender erhalten hat; es muß also zunächst immer auf denjenigen zurückgegangen werden, der zuerst die Exemplare desselben Connossements an Verschiedene begeben hat, mag dieß nun bereits der Absender selbst, oder ein späterer Inhaber gewesen sein: durch das von ihm zuerst übertragene Exemplar wird das Eigenthum

---

Sache gekommen ist: geschah dieß mit dem Willen des (ersten) Empfängers, so verliert dieser allerdings sein Eigenthum wieder zu Gunsten des zweiten Nehmers §. 367. Und dieß ist immer der Fall, wenn die erste Tradition lediglich durch „Erklärung" (§. 428) erfolgte, da hier der Tradent die Detention der veräußerten Sache mit dem Willen des Nehmers, für diesen fortsetzt. Vgl. oben Seite 142 f.

[5]) L. 15. C. de R. V. dazu Cujaz, Observ. 18, 31. — Arg. d. Gb. §. 440. Unger I. S. 624.

[6]) Is, cui primo instrumentum traditum est, praefertur illi, qui realem possessionem posteriorem nactus esset. Hartmann Pistor, Observ. 31, Carpzov, Jur. for. p. 2. c. 33, def. 15. „Die Art der Uebergabe" begründet keinen Vorzug. Zeiller II. S. 228. Von anderen älteren Schriftstellern wurde häufig der Vorzug der traditio vera vor der ficta mit Rücksicht auf die „securitas publica et commerciorum" gefordert und behauptet. S. z. B. Leyser, Sp. 444, m. 4. vgl. Pr. L.-Rt. I. 7. §. 74.

[7]) Vgl. über diese verschiedenen Möglichkeiten Laband, Ztschft. f. deutsch. Recht Bd. XIX. S. 136 f.

der Ladung erworben und eventuell weiter übertragen, alle später versendeten[8]) Exemplare sind ohne dingliche Wirkung.[8a])

Bei den bisher erörterten Fällen kann an die Anwendung der über kollidirende Rechte geltenden Grundsätze überall nicht gedacht werden.[9]) Denn eine Kollision von Rechten setzt bekanntlich voraus, daß dieselben sämmtlich in concreto existiren und nur der Ausübung nach einander — wegen einer gewissen Beschaffenheit ihres Inhalts — ganz oder zum Theil ausschließen; in unsern Fällen aber ermangelt die erstere Voraussetzung: die Existenz des einen Rechts schließt die der anderen nothwendig aus, es stehen sich nicht mehrere Berechtigte gegenüber, sondern mehrere Prätendenten, von denen nur Einer der Berechtigte ist und sein kann.

Allerdings aber würde eine derartige Kollision vorliegen, wenn das Eigenthum derselben Sache von mehreren Personen durch verschiedene gleichzeitige Uebertragungsakte erworben wäre.[10]) So, wenn das nämliche Objekt gleichzeitig an A durch echte, an B durch symbolische, oder an beide durch symbolische Tradition übertragen wurde. Hier entscheidet, — da einerseits Eigenthum beider in solidum nicht möglich ist, andererseits weder die etwaige Priorität des Titels,[11]) noch die Form der echten Tradition als solche einen Vorzug begründet — lediglich die Prävention: derjenige gelangt zur Ausübung seines Rechts, der sich zuerst die thatsächliche Möglichkeit derselben verschafft; dieß wäre

[8]) Doch entscheidet selbstverständlich nicht die Priorität der Absendung an und für sich, sondern die des Empfangs durch den Adressaten, so daß also auch das später versendete Connossement vorgeht, wenn es früher in die Hände des Nehmers gekommen ist.

[8a]) D. H.-Gb. a. 650, 651.

[9]) Vgl. Unger, I. §. 70 und die das. Note 1 angef. Schriftsteller.

[10]) Nicht hieher gehört der Fall, wenn Jemand eine Spezies an zwei Personen gemeinsam tradirt, deren jede auf den Empfang derselben ein selbstständiges Forderungsrecht hat; so, wenn der Erblasser die Sache an Beide successive verkauft hatte, und der Erbe nun, von Beiden in Anspruch genommen, sie Beiden zusammen übergibt. Hier liegen nicht zwei kollidirende Traditionen vor, sondern nur Eine: die Sache wird beiden Nehmern gemeinsam, und steht jedem von ihnen gegen den Andern die Theilungsklage und gegen den Tradenten actio emti (weil nicht ganz erfüllt wurde) zu.

[11]) Unrichtig Rippel III. S. 382.

im ersten Fall des obigen Beispiels der A (da er durch die Tradition sofort Besitzer geworden ist), im zweiten derjenige, welcher zuerst ein rechtskräftiges Urtheil auf Herausgabe der Sache gegen den gemeinsamen Auktor oder einen dritten Inhaber erwirkt,[12]) oder aber ohne Rechtsstreit in den Besitz derselben gelangt.[13]) —

2) Wie nun aber, wenn die Erfordernisse der Tradition im Zeitpunkt der erfolgten Besitzübertragung nicht vollständig vorhanden sind? Da vollendet der Besitzakt den dinglichen Vertrag nicht, das dingliche Recht wird auf den Nehmer der Sache nicht übertragen, weil eben nicht alle Bedingungen vorliegen, an deren Zusammentreffen das Recht diese Uebertragung bindet. Allein damit ist nicht gesagt, daß das, was vorliegt, ganz ohne Rechtswirkung sei. Die juristisch mangelhafte Tradition verwirklicht die Absicht der Parteien nicht, aber sie kann nichtsdestoweniger unter Umständen auch auf dem Gebiet des Sachenrechtes gewisse Wirkungen äußern. Dieselben liegen nach zwei Richtungen hin: Einmal kann durch den, wenn auch als dinglicher Vertrag nichtigen, Traditionsakt sofort und unmittelbar eine Veränderung in der rechtlichen Stellung der Parteien zum Traditionsobjekt sich ergeben, — sodann aber kommt den vorhandenen unvollständigen Elementen des dinglichen Vertrags stets eine mittelbare, auf die ungewisse Zukunft gestellte Wirkung zu; diese ist erkennbar darin, daß die noch fehlenden Elemente, wenn sie sich nachträglich doch noch einstellen, keineswegs ein juristisches Nichts vorfinden, sondern an die früher bereits vorhandenen anknüpfen und sich unter Umständen mit ihnen zu einer, der ursprünglich beabsichtigten mehr oder weniger nahe kommenden Rechtswirkung vereinigen (Konvaleszenz im weitesten Sinn.) — Beide Punkte müssen näher in's Auge gefaßt werden.

Die unvollständige Tradition gewährt dem Nehmer zunächst Besitz,

---

[12]) Auf die Priorität der Klaganstellung kommt nichts an: L. 14. pr. D. noxal. act. 9, 4, L. 10. D. pecul. 15, 1. — Unger a. a. O. S. 630.

[13]) Arg. L. 10. D. pignor. 20, 1. Si debitor res suas duobus simul pignori obligavit, ita ut utrique in solidum obligatae essent: singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur; inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem. Cf. L. 128. pr. L. 33. D. de R. J.; regul. 51, 65, in VI[to] de R. J. Qui prior est tempore, potior est jure... in pari causa potior est conditio possidentis.

in so fern sie den Apprehensionsakt enthält; als Rechtsgeschäft, Erwerbsthatsache aber wird sie ihm in der Regel justa causa dieses Besitzes und bringt ihn damit — b. f. vorausgesetzt — in ein nahes rechtliches Verhältniß zur Sache, (s. g. putatives Eigenthum[14]), kraft dessen er deren Besitz jedem minder Berechtigten gegenüber behauptet und erstreitet. Minder berechtigt ist nicht blos der ohne Grund oder unredlich Besitzende, sondern überhaupt wer sein Haben auf einen „schwächeren Titel" gründet. b. Gb. §. 372 vgl. §. 373 a. E.[15]) — Eine analoge Wirkung muß auch der unvollständigen symbolischen Tradition[16]) beigemessen werden; freilich ist der Acceptant hier nicht Besitzer, da in der symbolischen Tradition keine Apprehension liegt, allein schon nach römischem Recht ist die Besitzerwerbung nicht als solche und unter allen Umständen Bedingung des publizianischen Schutzes, sondern „nur insofern, als dieselbe Bestandtheil der Erwerbsthatsache ist, auf welche er sich beruft."[17]) Für den gutgläubigen Acceptanten spricht die Thatsache des redlichen Erwerbs und mehr bedarf es nicht, um ihn gegen Alle juristisch schlechter stehenden zu schützen: Quaecunque sunt justae causae aquirendarum rerum, si ex his

---

[14]) A. b. Gb. §. 372—374. Dig. tit. de Publ. 6, 2. Jhering, Abhandlungen (1844) S. 91 f. — Die Tradition zu Pfandrecht gewährt im vorliegenden Fall dem Nehmer ein analoges Rechtsverhältniß (putatives Pfandrecht) mit prätorischem Schutz nach Maßgabe der rechtlichen Stellung des Gebers: si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. L. 18. D. de pignor. 20, 1.

[15]) Das Nähere hierüber gehört nicht hieher. — Das österr. Recht steht mit seiner „Eigenthumsklage aus dem rechtlich vermutheten Eigenthum des Klägers" (§. 372 Marg.-R.) überwiegend auf dem Standpunkt des deutschen Rechts, welches den Sieg des Klägers nicht wie das R. R. an absolut bestimmte Voraussetzungen — usukapionsmäßiger Besitz — knüpft, sondern zwischen den Streittheilen jedesmal eine Abschätzung der beiderseitigen Gewere eintreten läßt: wessen Gewere die „bessere", der ist „näher die Sache zu behalten." Siehe Delbrück, Zeitschr. f. deutsch. Rt. Bd. XIV., S. 207. Positive Rechtsregeln üben jene Abschätzung, daselbst §. 5.

[16]) z. B. wenn ein Pupill durch Schlüsselübergabe, oder der Nichteigenthümer durch Connossementversendung über die Waare disponirt hat.

[17]) Windscheid I. S. 504. Vgl. L. 1. §. 2, L. 11. §. 2, L. 12. §. 1, L. 15. D. h. t.

causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio. L. 13. pr. D. h. t.

Demnach wird man nach heutigem gemeinen Recht dem redlichen Conossementsinhaber auf die Thatsache des animo dom. nanciscendi erfolgten Conossementempfangs hin ebensowohl die Publiziana gewähren müssen, als sie Ulpian dem Vindikationslegatar zuerkennt.[18]) Und nach österreichischem Recht begründen alle nach §. 427 möglichen Formen der symbolischen Tradition für den redlichen Nehmer — trotz der zu beschränkten Fassung[19]) des §. 372 — unzweifelhaft das „rechtlich-vermuthete Eigenthum."[20])

Die eventuelle Wirkung der unvollständigen Tradition besteht, wie bereits angedeutet, in der Möglichkeit einer späteren Ergänzung des Geschäfts; so zwar, daß der rechtliche Erfolg, den es eben seiner Mangelhaftigkeit wegen nicht erreichen konnte, bei nachträglichem Eintritt der fehlenden Elemente in gewissem Umfang nun doch zu Stande kommt.[21]) In wiefern ein derartiges „Nachreifen" der Tradition von zurückgreifender Wirkung sein kann, wird sich im Einzelnen durch das Folgende ergeben; von Vornherein aber muß festgehalten werden, daß dadurch wohlerworbene Rechte Dritter (inzwischen begründete Servitut- oder Pfandrechte) allgemeinen Grundsätzen zufolge[22]) nicht alterirt werden können.

Zunächst also, wenn der Mangel in dem subjektiven Moment der Tradition liegt, wenn es am vollwirksamen Vertragswillen gebricht. Hierher gehören die Traditionen nur beschränkt Handlungsfähiger,[23])

---

[18]) L. 1. §. 2, cf. L. 13. pr. D. h. t.

[19]) „Wenn der Kläger .... die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, dargethan hat, ..."

[20]) Es wird Niemand beifallen denjenigen, der nach §. 427 Eigenthümer einer Sache geworden, jedem dritten Inhaber gegenüber zur „probatio diabolica" zu verhalten. Wenn aber Zeiller II. S. 145 und die übrigen Commentatoren den obigen Gesetzesworten zufolge vom Kläger ausdrücklich den Nachweis seines früheren Besitzerwerbs verlangen, so begreifen sie darunter die symb. Tradition mit ein, die ihnen ja als eine besondere Art der Besitzerlangung gilt.

[21]) Ihering, Geist III. S. 151 spricht hier mit einem treffenden Bild von „langgestreckten Rechtsgeschäften".

[22]) Vangerow I. S. 129, Windscheid I. S. 185.

[23]) S. oben Seite 50 f. War der Tradent willensunfähig, z. B. Kind

wenn sie der erforderlichen Auktoriats der zur materiellen Mitwirkung berufenen Personen[24]) entbehren, ferner solche, wobei ein Zwang, Betrug oder wesentlicher Irrthum unter denjenigen Umständen, welche die rechtliche Relevanz dieser Einflüsse nach österreichischem Recht überhaupt bedingen,[25]) unterlaufen ist. In beiden Fällen begründet der subjektive Mangel vom Anfang an die Nichtigkeit der Tradition, diese Nichtigkeit aber ist nur eine relative[26]) d. h. bedingt durch ein gewisses Verhalten der dabei interessirten Personen. Defizirt nun diese Bedingung, tritt das entgegengesetzte Verhalten ein, so ist die Nichtigkeit geheilt, die Tradition konvaleszirt.[27]) Und zwar geschieht dieß in den Fällen der ersten Art durch den nachträglich erfolgten Konsens der dazu Berufenen (Genehmigung,[28]) im letzteren dadurch, daß der gezwungene u. s. w. Tradent hinterher, frei von diesen Einflüssen, seinen Willen dahin erklärt,[29]) die Tradition gleichwohl gelten zu lassen (Bestätigung;)

---

oder wahnsinnig, so ist die von ihm in welchem Sinne immer vorgenommene Besitzübertragung als Tradition nicht etwa blos unvollständig, sondern ganz und absolut nichtig; es kann also von nachträglicher Ergänzung des Geschäfts nicht die Rede sein, denn „das nichtige Geschäft existirt juristisch gar nicht, dem gar nicht Existirenden aber kann nicht zugestimmt, das nicht Vorhandene kann nicht gutgeheißen werden". Unger II. S. 163. Für das gemeine Recht haben ältere Schriftsteller (s. die Citate bei Unger, a. a. O. Note 7) dieß wegen L. 25. C. donat. int. vir. et ux. 5, 16., c. 10 de R. J. in VI^to vielfach bestritten; und ebenso neuerlich wieder Windscheid I. S. 187, N. 10.

[24]) Oben S. 52. Note 9.

[25]) Vgl. oben Seite 268, 269. — An dem Fall des wesentlichen Irrthums treten wieder die unhaltbaren Konsequenzen dieser im österr. Recht durchaus verkehrt behandelten Lehre an den Tag: man kann nach österr. Recht „genehmigen", was in der That niemals vorhanden war.

[26]) Oben S. 285 f., Unger II. S. 151.

[27]) Unger II. §. 91, N. 68^a meint, man dürfe in Fällen dieser Art nicht von „Konvaleszenz" sprechen; allein warum sollte man das nicht, da doch dieser Ausdruck gerade für den Uebergang des an relativer Nichtigkeit krankenden Rechtsgeschäfts in den Zustand der Unanfechtbarkeit so bezeichnend ist?

[28]) L. 7. C. ad S. Maced. 4, 28. b. Gb. §. 865.

[29]) Selbstverständlich kann auch diese nachträgliche Erklärung ebensowohl stillschweigend, als ausdrücklich geschehen; ersteres bei entgeltlichen Traditionen insbesondere dadurch, daß der Geber „den aus dem Geschäfte entstandenen Vortheil sich zuwendet" b. Gb. §. 1016. Dieselbe Wirkung hat die vollendete Verjährung der Anfechtungsklage §. 1487.

darin liegt ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht, in Folge dessen das Geschäft, dessen Rechtsgiltigkeit bisher in der Schwebe war, nunmehr unanfechtbar wird. — Derselbe Zustand des in pendenti esse der Tradition liegt vor, so oft Jemand im Namen eines Dritten aber ohne dessen Auftrag tradirt hat: auch hier ist das Geschäft vorläufig unwirksam, bis die Ratihabition das Fehlende ersetzt.

Hier wie dort ist die Wirkung die, daß der Nehmer jetzt unmittelbar[30]) dinglich berechtigt und überdieß so behandelt wird,[31]) als hätte dieses sein Rechtsverhältniß bereits im Zeitpunkt[32]) seiner Besitzergreifung begonnen.[33])

Formell wenigstens ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn es der Tradition an einem objektiven Erforderniß gefehlt hat. Der Hauptfall, auf den wir uns in der folgenden Darstellung beschränken müssen, ist der Mangel des Eigenthums[34]) in der Person des Tra-

---

[30]) Es bedarf daher seinerseits im Zeitpunkt der Konvaleszenz weder eines neuerlichen Konsenses noch des Besitzes, er wird Eigenthümer, auch wenn er bereits wieder aufgehört hätte Besitzer zu sein. Vgl. L. 4. D. pign. act. 13, 7 . . . incipit emtor dominium rei habere.

[31]) In soweit dieß (s. oben) unbeschadet der Rechte Dritter geschehen kann: beschränkte Rückwirkung.

[32]) Eine Folge hieraus ist, daß er nunmehr nach rückwärts jeden Zufall tragen muß, der die Sache von jenem Zeitpunkt ab traf (§. 1311, casus nocet domino), anderseits aber auch von ebenda an ihm das commodum rei zusteht.

[33]) L. 20. pr. D. pignor. act. 13, 7. L. 4. §. 1. fin. D. quib. mod. pign. 20, 6. L. 3. C. R. V. 3, 32. L. 38. §. 1. D. don. int. vir. et ux. cf. L. 11. D. S. P. R. 8, 3. L. 6. §. 2. D. com. praed. 8, 4. (Genehmigung seitens des Miteigenthümers, wenn der Andere die ganze res communis tradirt hat), L. 12. §. 4. D. solution. 46, 3, („rati enim habitio mandato comparatur“). L. 16. §. 1. D. de pignor. 20, 1. s. oben V. Note 33. — Bei der Servitutenbestellung wird dem nachträglichen Beitritt eines Miteigenthümers die rückwirkende Kraft von Paulus abgesprochen: . . . et ideo si is, qui primus cessit, defunctus sit . . . post deinde socius cesserit, *nihil agetur;* cum enim postremus cedat, non retro aquiri servitus videtur, sed perinde habetur ac si, cum postremus cedat, omnes cessissent (L. 18. D. com. praed.), eine Strenge, die mit den Grundsätzen des neueren Rechts über Ergänzung der Rechtsgeschäfte wohl nicht mehr im Einklang steht.

[34]) Oder des Pfandrechts, wenn derselbe als Pfandgläubiger veräußert und tradirt hat. Außerdem ist etwa noch der Fall hervorzuheben, wenn ein zur Zeit

denten.[35]) Hier gilt im Allgemeinen der Grundsatz, daß durch nachträgliche Behebung des Mangels keine Konvaleszenz des Geschäfts bewirkt wird;[36]) der Nehmer erwirbt also nicht nachträglich das dingliche Recht, wenn der Geber das Eigenthum an der tradirten Sache erlangt;[37]) es bedürfte dazu einer neuerlichen giltigen Tradition. Allein auch ohne diese gestaltet sich sein Verhältniß zum tradirten Objekt durch den Eintritt jener Thatsache wesentlich fester; zwar steht ihm nach wie vor nur das publizianische Recht zu, aber dessen Tragweite und Ausgiebigkeit ist jetzt in einem entscheidenden Punkt gesteigert: während er nämlich vorher außer Stande war den Besitz der empfangenen Sache gegen Gleich- und Besserberechtigte, vor Allem also gegen den Eigenthümer zu behalten oder zu erstreiten, tritt nunmehr, nachdem der Geber selbst Eigenthümer geworden ist, ein Moment der Billigkeit dazwischen, das ihm beides ermöglicht. Denn die Anstellung der ipso jure allerdings begründeten Vindikation von Seiten des Gebers und nunmehrigen Eigenthümers enthält einen Dolus, da der Kläger durch sein gegenwärtiges Petit in Widerspruch tritt mit seinem früher rechtsgiltig erklärten Willen, wonach der Beklagte die Sache haben und behalten sollte, — und es kann daher jene Klage allgemeinen Grundsätzen zufolge durch exceptio doli zurückgeschlagen werden.[38]) Dasselbe

---

der Uebergabe obwaltendes Alienationsverbot hinterher wegfällt; der Wirkung nach stehen sich diese Fälle durchaus gleich. L. 42. D. usurp. 41, 3.

[35]) Vorausgesetzt, daß dieser Mangel überhaupt geeignet war die Giltigkeit der Tradition zu verhindern; es muß also im Folgenden von den Ausnahmsfällen der §§. 367, 456, 824 abgesehen werden.

[36]) L. 22. D. pignor. 20, 1 . . . ex postfacto pignus directo quidem non convalescit . . . und arg. die unten anzuführenden Stellen über except. r. v. et trad. (Note 38 f.).

[37]) War die Tradition schon von vornherein ausdrücklich mit Rücksicht auf den erwarteten Eigenthumserwerb vom Geber vorgenommen worden, so wird das Geschäft in der Regel als ein bedingtes zu betrachten sein, und der Nehmer erwirbt mit dem Eintritt der Bedingung das dingliche Recht. L. 16. §. 7. D. pignor. 20, 1.

[38]) L. 1. pr. L. 2. D. de except. r. vend. et trad. 21, 3. L. 72. D. R. V. 6, 1. L. 4. §. 32. D. doli exc. 44, 4. L. 17. D. eviction. 21, 2. A. b. Gb. §. 366 a. E. „Doch steht dieses Recht (die Eigenthumsklage) demjenigen nicht zu, welcher eine Sache zur Zeit, da er noch nicht Eigenthümer war, in seinem

Einrederecht aber, zur Replik gestaltet, läßt den Nehmer auch angriffsweise gegen den besitzenden Eigenthümer durchdringen.[39]) Und in beiden Formen geht dieser Anspruch aktiv auf alle Rechtsnachfolger des Nehmers, seien dieselben Universal- oder Singularsuccessoren, und passiv ebenso auf die des Gebers über.[40])

Dieselbe Wirkung auf demselben Moment der Billigkeit beruhend muß auch dann eintreten, wenn der Eigenthümer der tradirten Sache den Tradenten beerbt. Denn wollte Ersterer auch jetzt noch seinen Eigenthumsanspruch dem Nehmer oder dessen Rechtsnachfolgern gegenüber geltend machen, so würde er zwar nicht mit einer eigenen, aber mit einer Willensdisposition seines Erblassers in Widerspruch gerathen, die er in seiner Eigenschaft als Erbe zu respektiren verpflichtet ist (respectu aditae hereditatis voluntatem defuncti suo consensu firmare debuit. L. 7. C. liberal, causa. 7. 16.); als Gesammtnachfolger des Gebers, dessen „vermögensrechtliche Persönlichkeit" er in sich aufgenommen hat, muß er sich so behandeln lassen, als hätte er selbst seinerzeit die Tradition vorgenommen oder doch ihr seine Zustimmung gegeben.[41]) Es steht ihm daher, sei es, daß er sein Eigenthumsrecht im Wege der Klage oder der Einrede (gegen die Publiziana des Nehmers oder seines Nachfolgers) verwerthen wollte, die obige Einrede, beziehungsweise Replik, in demselben Umfang und mit

---

eigenen Namen veräußert, in der Folge aber das Eigenthum derselben erlangt hat." — Diese Einrede wird von dem häufigsten Fall ihrer Anwendung insbesondere exceptio rei venditae et traditae genannt, ohne daß darum ihre Anwendbarkeit bei Traditionen auf Grund anderer Rechtsgeschäfte einem Zweifel unterliegt. (Eine breite Ausführung dieses Gedankens in weitschweifiger Kasuistik gibt Buchholz, Versuche Nr. XIII.)

[39]) Die Klage des Nehmers ist die Publiziana, unterstützt von der replicatio doli, welche die vom beklagten Eigenthümer vorgeschützte exceptio dominii überwindet. Si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveris; sed et si ipse possideret et tu peteres: adversus exceptionem dominii replicatione (sc. doli)utereris. L. 72. D. R. V. L. 2. fin. D. exc. r. v. et trad. Bei der Tradition zu Pfandrecht gibt das röm. Recht dem Nehmer hier utilis actio pigneratitia. L. 41. D. pign. act. 13, 7. Dernburg I. S. 261 f.

[40]) L. 3. D. exc. rei vend. 21, 3.

[41]) Macht es hiebei einen Unterschied, ob der Erbe mit oder ohne Inventar angetreten hat? Vgl. Pr. L.-Rt. I. 15. §. 8, 10.

derselben Wirkung entgegen, wie dem Geber selbst, falls derselbe nachträglich Eigenthümer geworden wäre.[42])

In beiden Fällen also wird die Tradition, welche von Anfang an nichtig war, weil sie vom Nichteigenthümer ausging, auch späterhin nicht giltig; sie wird es auch dann nicht, wenn zwischen den Personen des Gebers und des Eigenthümers der übergebenen Sache nach der Hand eine Art Confusio eintritt, indem entweder der Tradent nachträglich Eigenthümer, oder der Eigenthümer — durch Erbgang — Tradent wird. Gleichwohl aber werden durch den Eintritt dieser Thatsachen die Rechtswirkungen jener Tradition für den Nehmer[43]) und seine

---

[42]) Marcellus scribit, si alienum fundum *vendideris* (sc. et tradideris), et tuum postea factum petas, hac te exceptione recte repellendum. Sed et si dominus fundi heres venditori existat, *idem erit dicendum*. L. 1. pr. §. 1. D. exc. r. v., L. 73. D. eviction. 21, 2, L. 14. C. R. V. 3, 32, L 14. C. evict. 8, 45. Dernburg I. S. 268 f. Dieß gilt unbestritten für die Tradition zu Eigenthum; beim Pfandrecht wird es ebenfalls anerkannt von Modestin (L. 22. D. pignor. 20, 1), verworfen aber von Paulus in der bekannten L. 41. D. pign. act. 13, 7, deren präziser Wortlaut bisher allen Vereinigungsversuchen (die Literatur derselben siehe bei Vangerow I. Seite 835 f.) getrotzt hat. Die meisten neueren Schriftsteller (s. die Citate bei Dernburg S. 271) erklären sich mit Recht für die Ansicht Modestins; sie enthält in der That nur die konsequente Durchführung des oben erwähnten Billigkeitsgedankens durch alle Gestalten des vorliegenden Rechtsverhältnisses. — In demselben Sinn ist diese Kontroverse gewiß auch nach österr. Recht zu entscheiden; a. M. Stubenrauch II. S. 69 (den Dernburg a. a. O. gänzlich mißversteht), weil es im a. b. Gb. an einer ausdrücklichen Bestimmung fehle, die eine derartige Ausnahme von der Norm des §. 456 Satz 1 aufstellte. Allein m. E. bedarf es einer solchen im vorliegenden Fall gar nicht, da sich die Annahme der in Rede stehenden „Ausnahmsbestimmung" genügend rechtfertigt aus der Vergleichung des §. 366 a. E. mit §. 547 „der Erbe stellt.... den Erblasser vor. Beide werden in Beziehung auf einen Dritten (— und ein solcher ist ja der Nehmer —) für Eine Person gehalten." Hiezu fügte noch das Westgal. Gesetzbuch II. §. 326 ausdrücklich den korollarischen Nachsatz: „Daher kann ein Erbe sein besonderes Recht gegen denjenigen nicht verfolgen, dem er im Namen des Erblassers die Gewähr zu leisten schuldig ist."

[43]) Hatte der Nichteigenthümer dieselbe Sache nach einander an Mehrere tradirt, so haben Alle gegen ihn, als nunmehrigen Eigenthümer resp. Erben, die Publiciana mit replica doli; ebenso gegen dritte Inhaber. Unter ihnen selbst entscheidet nicht der gegenwärtige Besitz, sondern die Priorität des Empfanges. Si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est:

Rechtsnachfolger, wie wir gesehen haben, so durchgreifend, der Letzteren gewährte rechtliche Schutz so intensiv, daß Manche denn doch auch hier von nachträglicher Konvaleszenz der Tradition, die wenigstens dem Effekt nach vorhanden sei, gesprochen haben.[44]) Dieß ist aber gewiß ungerechtfertigt; denn jene angebliche Konvaleszenz, wenn sie eine solche wäre, müßte dem Nehmer, wenigstens thatsächlich, den vollen Umfang der Befugnisse eines Eigenthümers verschaffen; nun steht aber sein durch die oben erwähnten Rechtsmittel geschütztes Verhältniß zur Traditionssache zwar allerdings dem Eigenthum der Wirkung nach gleich, so lange er dem Eigenthümer selbst oder dessen Rechtsnachfolgern gegenüber steht, — nicht aber dann, wenn er es mit einem Gegner zu thun hat, der rechtmäßiger Besitzer jener Sache ist, ohne Successor des Gebers zu sein. Hier ist die Grenze des ihm ratione aequitatis gewährten rechtlichen Schutzes, über welche hinaus schlechterdings nur die rei vindicatio, die ihm nicht zusteht, zum Sieg verhelfen könnte. —

3) Die Eigenthumstradition überträgt das Eigenthum in der Regel mit all' den Beschränkungen und Erweiterungen, die demselben in der Hand des Gebers anhafteten, mit seinen dinglichen Lasten, aber auch mit seinen über andere Sachen sich erstreckenden Berechtigungen, wenn solche vorhanden sind: alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset. (L. 67. D. contr. emt. 18, 1.) Daher wird der Empfänger durch die Tradition berechtigt die mit der Sache aktiv verbundenen Servituten und Reallastberechtigungen im eigenen Namen auszuüben, muß aber anderseits auch die auf ihr liegenden Pfandrechte,[45])

---

quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis. L. 9. §. 4. D. Publ. 6, 2, cf. L. 31. §. 2. D. A. E. 19, 1, L. 72. D. R. V., L. 15. C. eod. 3, 32.

[44]) S. z. B. Glück VIII. S. 111. Auch die Quellen gebrauchen hier zuweilen den Ausdruck „confirmari". L. 42. D. usurp. 41, 3, L. 56. D. Trebell. 36, 1.

[45]) L. 18. §. 2. D. pign. act. 13, 7 und arg. d. Gb. §. 443. — Die Schuld, wofür die Sache verpfändet ist, geht selbstverständlich weder ganz noch theilweise mit über. Ueber dieses an sich so klare Verhältniß herrschte gleichwohl unter den älteren österr. Schriftstellern vielfache Verwirrung. Vgl. z. B. Nippel III. S. 413 f., der den Geber und Nehmer der verpfändeten Sache gegenüber dem dritten Pfandgläubiger „in einem Correalitätsverhältnisse" (!) stehen läßt.

Servituten, Reallasten übernehmen und, falls das Eigenthum des Gebers widerruflich oder resolutiv bedingt gewesen wäre, der Wiederaufhebung seines Eigenthums durch den Eintritt der entsprechenden Thatsachen gewärtig sein.[46] Das ergibt sich schon aus der Natur der Tradition als einer Form des abgeleiteten Rechtserwerbs: b. Gb. §. 442, L. 54. D. R. J. 50, 17, L. 20. pr. D. aqu. domin. 41, 1. Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. cf. L. 143, 175, §. 1. L. 177. pr. D. R. J. L. 3. C. servitut. 3, 34.

Ausnahmsweise jedoch erscheint das Recht des Nehmers nicht limitirt durch das des Gebers; Letzterer erhält freies Eigenthum, auch wenn Ersterer nur bedingtes oder belastetes hatte: es geschieht dieß in den oben (S. 58 f.) bereits erörterten Fällen, wo ja auch der gänzliche Mangel jedes dinglichen Rechtes auf Seiten des Gebers den vollen Eigenthumserwerb des Nehmers nicht hindern kann. (b. Gb. §. 367, 456.)

Am Schluß dieser Abhandlung mag es passend erscheinen, auf das der behandelten Lehre zu Grunde liegende Prinzip selbst einen kritischen Blick zu werfen.

Der Satz, daß der vertragsmäßige Erwerb des Eigenthums[47] — von Mancipatio und In Jure Cessio abgesehen — nur in der Form der Besitzübertragung sich vollziehen kann, wird von den römischen Juristen als unzweifelhaft geltendes Recht nicht sowohl vorgetragen, als vielmehr vorausgesetzt: erst Diocletian und Maximinian reskribiren ausdrücklich, dominia rerum non nudis pactis transferuntur (L. 20. C. 2, 3.). Die Neueren warfen zuerst die Frage auf, cur non pactis dominia transferuntur? thaten sie aber sofort mit der Bemerkung ab: quia dominia rerum a naturali possessione coe-

---

[46]) L. 105. D. d. condit. 35. 1. Bis es sich entscheidet, ob dieser Eintritt erfolgt oder nicht, ist die Rechtswirkung der Tradition in der Schwebe: interdum pendet (L. 8. D. R. C. 12, 1) . . . ex postfacto retroducitur et apparet quid actum sit. (L. 15. D. reb. dub. 34, 3).

[47]) Von der Kontroverse bezüglich des Servitutenerwerbs darf hier abgesehen werden.

perunt. (L. 1. D. aqu. possess.)[48]) Erst die Naturrechtslehrer haben die Sache tiefer gefaßt. Sie und die von ihnen beeinflußten Juristen bis auf die neuere Zeit herab trennten prinzipiell den Eigenthumsvertrag von der Traditionsform, welche sie als eine durch das positive Recht an jenen herangebrachte äußere Zuthat erkannten. Damit war die Tradition aus dem Codex des reinen Naturrechts gestrichen; auf dem Gebiet des positiven Rechts aber wollten Einige sie aus rechtspolitischen Gründen dennoch geduldet wissen, während Andere sie als veraltete Formalität, die in jeder nach den Grundsätzen der Vernunft aufgebauten positiven Rechtsordnung überflüssig und ungerechtfertigt sei, schlechthin verwarfen.[49])

Die heutige Jurisprudenz, seit der historischen Schule, verhält sich der Traditionsfrage gegenüber gerade entgegengesetzt; die Systeme des Naturrechts sind in das Fabelreich verwiesen, und innerhalb der Grenzen des wirklichen, d. h. positiven Rechts gilt die Tradition für eines der wohlgegründetsten und unanfechtbarsten Institute. Doch geht man in der Begründung dieser Behauptung h. z. T. zuweilen fast

---

[48]) So Cujacius ad L. 1. D. de usurpat. und nach ihm Gothofred und viele Andere. — Auch Stahl scheint auf dieses verschwommene Argument wieder zurückzugreifen, indem er sagt: „Das R. R. fordert hier körperliche Uebergabe. Es liegt hierin ein sehr markirter Ausdruck der inneren Bedeutung (?) des Eigenthums, nämlich daß die rechtliche Gewalt über die Sache nicht anders beginnen kann, als mit Erlangung der physischen.“ Philos. d. Rechts II. §. 44.

[49]) Den Beleg zu dem hier Gesagten bietet die gesammte rationalistische Literatur unserer Wissenschaft von Grotius bis herab auf Thibaut. S. z. B. Grotius de J. belli ac pacis lib. 2. cap. 6, 8, cap. 12, §. 15. Pufendorf, J. nat. lib. 4. cap. 9, §. 6. Wolf, J. nat. 3. §. 13, 19, 20. Heineccius, J. nat. I. §. 275. Ul. Huber, ad Inst. II. 1. (digressiones lib. 4, cap. 8). Thomasius, Jurispr. divina, lib. 2. cap. 10. §. 156. Eyles, de trad. symb. p. 2. — Danz, Handb. des deutschen Privatrechts (1797), II. S. 486, Zeiller, Natürl. Privatrecht §. 109, Thibaut, Civ. Archiv Bd. 20. S. 1 f., Toullier, Droit civil (ed. Duvergier) II. 2 p. 30 f. Letzterer sieht in der Tradition ein „principe erroné des jurisconsultes romains“, welches nur in jenen mythischen Zeiten, da die Schreibekunst noch nicht verbreitet war, einen vernünftigen Sinn gehabt habe. — Auch Hegel steht auf dieser Seite, indem er die Uebergabe durch Zeichen (d. h. die formlose Uebereignung) für die vollkommenste erklärt, denn „darin, daß der Mensch ein Zeichen geben und durch dieses erwerben kann, zeigt er eben seine Herrschaft über die Dinge.“ (!) Philos. d. Rechts 1. Ausg. S. 97.

ebenso sehr zu weit, als dieß ehemals (nach der entgegengesetzten Seite hin) durch die Naturrechtslehrer geschah; während nämlich diese den Eigenthumserwerb nudo pacto als allein vernunftgemäß hinstellten, begegnen wir jetzt der Vorstellung, als beruhe die Tradition auf einer „allgemein giltigen inneren Nothwendigkeit",[50]) als sei dieselbe ein „naturales Prinzip" in dem Sinn, daß sie, aller positiven Legislation thatsächlich vorausgehend und gleichsam über derselben stehend, von ihr auch niemals ganz beseitigt werden könne, daß sie ihre naturalen Voraussetzungen selbstständig in sich trage und demnach auch „unabhängig von den Satzungen des einzelnen Volks, als Theil des Organismus menschlichen Gütertausches" zur Anwendung und Wirkung kommen müsse.[51])

---

[50]) Bremer, Zeitschr. f. Civ. u. Proz. n. f. XX. S. 58.

[51]) Hauptvertreter dieses Gedankens ist Leist, von dem die im Text angeführten Worte herrühren. Civilistische Studien, Heft I., insbesondere S. 35—48. Nach ihm ist die Eigenthumstradition zwar nicht „naturnothwendiger Bestandtheil" jedes positiven Rechts (a. a. O. S. 41, 45, und dessen Manzip. u. Trad. §. 40), aber sie ist dennoch „naturales Prinzip" jedes Tauschverkehrs im obigen Sinne, eine für diesen Verkehr „von vornherein gegebene naturale Linie" (S. 41); um diese herum kann nach Leist die positive Rechtssatzung „oszilliren", — indem sie entweder mehr (z. B. Mancipatio) oder weniger (nuda voluntas) zum Eigenthumsübergang erfordert, und dieses Mehr oder Weniger sei dann nicht mehr natural, sondern civil; dabei aber sei es gewiß, daß diese positive Rechtssatzung „ein gewisses Gebiet gar nicht nehmen kann (nämlich das naturale Gebiet), und daß auf diesem Gebiet, so sehr es auch juristisch eingeengt sein mag, denn doch immer die Eigenthumstraditionslehre mit ihren drei faktischen Erfordernissen .... zur Anwendung kommt." (S. 44.) — Insofern sich Leist hiefür wiederholt auf die bekannte L. 9. §. 3. D. aqu. domin. beruft, in welcher der Eigenthumserwerb durch traditio auf „naturalis ratio" gegründet wird, ist ihm entgegenzuhalten: die Römer sind sich dessen nie bewußt geworden, daß die Besitzübergabe Form des Eigenthumsvertrages sei, ihnen erschien die traditio im Gegensatz zu mancipatio und in j. cessio als formloses Geschäft; demnach spricht Gajus l. c. auch gar nicht von der Traditionsform als solcher, sondern vom Eigenthumserwerb durch unfeierlichen dinglichen Vertrag überhaupt; ihm mußten diese beiden Dinge als identisch erscheinen. Hätten aber die Römer Eigenthumserwerb durch nudum pactum überhaupt zugelassen, so würden sie diese Erwerbsart sicherlich nicht, wie Leist meint, den civilen, sondern ganz gewiß den naturalen beigezählt haben. — Im Uebrigen scheint mir die „zunächst gerade außerhalb und neben dem Rechte" liegende große Bedeutung, die Leist seiner „naturalen Tradition" vindizirt, in der allgemeinen Wahrheit aufzugehen, daß, wo kein Recht existirt, Alles, und wo ein

Dieß, wie gesagt, ist entschieden zu weit gegangen; es gibt keine dem Verkehrsorganismus a priori innewohnende Macht — sei sie nun „naturalis ratio," oder anders benannt, — welche der positiven Legislation mit dem Postulat der Tradition entgegentritt und dadurch dieses Institut zu einem naturnothwendigen, einem „naturalen Prinzip" macht. Moderne Gesetzgebungen haben denn auch für einen großen Zweig des Tauschverkehrs die Tradition in der That beseitigt, indem sie dieselbe — und zwar im Ganzen sehr zum Vortheil dieses Verkehrs — durch das Institut der Ingrossation ersetzten. — Die Eigenthumstradition als Rechtsform ist in jedem Sinn positiv,[52]) sie ist es nicht weniger als die Formen der Auflassung, der Testamente, des Wechsels u. s. w. Allerdings aber scheint sich die Tradition von Rechtsformen wie die Letztgenannten merklich abzuheben; sie erscheint, mit ihnen verglichen, wie das Natürliche, sich von selbst Ergebende gegenüber dem Erfundenen, Gemachten. Dieser Gegensatz besteht, aber er betrifft weder die Tradition allein[53]) noch beweist er Etwas gegen deren positive Natur; er ist als allgemeiner Gegensatz innerhalb der Gebilde des Formalismus bereits durch Ihering aufgewiesen, welcher für die beiden sich hier ergebenden Kategorien die Bezeichnungen „tendentiöse" und „naive" Formen gewählt hat.[54]) Die Tradition nun ist eine naive Form: sie ist „nicht mit Absicht und Bewußtsein eingeführt, nicht gemacht, sondern geworden." Wieso sie geworden ist, liegt nahe genug: die Besitzübertragung ist ein besonders prägnanter Ausdruck des auf die Rechtsübertragung gerichteten Willens; in Ersterer dokumentirt sich naturgemäß der reife Entschluß zur Letzteren, denn nichts liegt näher als demjenigen, den man in die volle rechtliche Herrschaft über die Sache einsetzen will, auch sofort die physische Gewalt darüber ein-

solches existirt, immer noch Viel auf das faktische Haben der Sache ankommt, eine Wahrheit, die ebenso unbestreitbar als unbestritten ist.

[52]) S. auch Gneist, formelle Verträge S. 122.

[53]) Auch die Stipulationsform z. B. ist nie gemacht oder vorgeschrieben worden, sie hat sich von selbst aus der im Verkehr gegebenen Uebung der Frage und Antwort gebildet.

[54]) Die allgemeine Charakteristik der beiden Kategorien siehe bei Ihering, Geist des R. R. II. 2. S. 531 f. Die Formen beider Klassen sind positive, nur sind sie aus verschiedenen Rechtsquellen hervorgegangen.

zuräumen. Dazu kommt, daß das Tradiren in den meisten Fällen die denkbar bequemste Form des dinglichen Vertrags ist, die sich regelmäßig[55]) als eine Last gar nicht bemerklich macht, wie dieß bei andern Formen, zu deren Erfüllung es der Zeugen, der Schrift, oder gar eines öffentlichen Aktes bedarf, allerdings der Fall ist. Darum wird die Form der Tradition nicht, wie diese, als etwas Fremdartiges, Auferlegtes im Verkehr empfunden, sondern erscheint dem nicht reflektirenden Bewußtsein als natürlich und selbstverständlich, d. h. sie leistet ihrer technischen Struktur nach das Höchste, was eine Rechtsform leisten kann.

Diesen natürlichen Qualitäten der Traditionsform ist es zuzuschreiben, daß wir sie — für Mobilien wenigstens — überall wiederfinden, wo überhaupt eine Form für den Eigenthumsvertrag erfordert wird: im römischen, im älteren deutschen[56]) Recht und in der Mehrzahl der modernen Codificationen.[57]) —

Wenn wir nun die Frage nach dem legislativen Werth der Tradition als Form des Uebereignungsvertrags aufwerfen, so kann der Maßstab zu dessen Beurtheilung nur der Zweckmäßigkeitsbegriff sein; denn keine Rechtsform ist um ihrer selbst willen da, jede ist nur Mittel zum Zweck, und je vollständiger sie diesen mit dem möglich kleinsten Aufwand an Hemmniß für den Verkehr erreicht, um so vollkommener ist sie. In dieser letzten Beziehung leistet die Traditionsform kraft ihrer oben angedeuteten technischen Vorzüge das Aeußerste, und

---

[55]) Vorausgesetzt nämlich, daß das Traditionsobjekt sich gegenwärtig im Dispositionsbereich des Tradenten befindet.

[56]) S. Stobbe, Ersch und Grubers Encyklop. Art. „Gewere" S. 440, Beseler, Erbverträge I. S. 153, Quellenstellen bei Kraut §. 123, Albrecht, Gewere, Note 511. Vgl. z. B. Görlitzer L.-Rt. 45, §. 7: „Swelich man ein gut einem andirn gibit, *und iz doch selbe in sinen werin beheldit* . . . mit der gabe ne hat er sin gut sinen erben *nicht gevremedit.*" Und allgemeiner, Zusatz zu d. Erfurt. Stat. (Walch II. 21): „Wer da gut vergebit, und *nemet daz nicht jener,* dem man iz gibit, in sine gewere, vindit man dasselbe gut in dęz gewere, der daz vergebin hat, *so en hat daz geben ni kein kraft.*"

[57]) Die Gesetzbücher für Preußen, Oesterreich, Bayern, Sachsen, Hessen, Holland (hierin abweichend von seinem Vorbild, dem Code civil.), Zürich, Aarau, Bern.

dadurch fällt die legislative Frage, ob die Tradition für Mobilien beizubehalten oder zu verwerfen sei, mit der allgemeinen Frage zusammen, ob überhaupt der dingliche Vertrag an irgendwelche Form gebunden sein soll.

Worauf also beruht der Werth, welches ist der Zweck der Form beim Uebereignungsvertrag?

Jede Rechtsform gewährt im Allgemeinen dem Rechtsleben einen doppelten Vortheil:[58]) Einmal den, daß der Wille des disponirenden Subjekts gereift wird durch die Sammlung, welche ihm die nothwendige Beobachtung der Form auflegt, und daß diese zugleich den Moment scharf abgrenzt, wo dieser Wille aus dem Stadium der rechtsunverbindlichen Absicht heraustritt und zur juristischen Potenz wird. Der andere, wichtigere Vortheil bezieht sich auf den Inhalt des statuirten Geschäfts; indem nämlich innerlich verschiedene Rechtsgeschäfte in äußerlich verschiedenen Rechtsformen auftreten und so den Stempel ihres Inhalts an der Stirne tragen, ist dafür gesorgt, daß alle Irrungen über diesen ihren wahren Inhalt — ein Hauptübel in allem Rechtsverkehr — von vornherein unmöglich sind.[59])

In ersterer Richtung nun ist der Werth gerade der Traditionsform nicht zu hoch anzuschlagen; denn abgesehen davon, daß der Tradent in der Regel zum dare bereits früher sich rechtlich verpflichtet hat, das Ueberlegen also hier zu spät kommen würde, wäre es inkonsequent, aus diesem Grund gerade für Sachveräußerungen eine Form beizubehalten, da doch nach heutigem Recht die Kontrahirung der umfangreichsten Schuldverbindlichkeiten durch formlose Verträge unbeschränkt zugelassen ist.

Um so wesentlicher und werthvoller aber ist der Dienst, den die Tradition in jener zweiten Beziehung dem Rechtsverkehr leistet. Denn so grundverschieden der dingliche und der obligatorische Vertrag ihrem inneren Wesen nach sind, so schwer wird es häufig im Verkehr beide zu unterscheiden, vorausgesetzt, daß weder der eine noch der andere sich durch eine charakteristische Form auszeichnet. Man

---

[58]) S. hierüber Jhering, a. a. O. S. 519 f.

[59]) „Die Form ist für die Rechtsgeschäfte, was das Gepräge für die Münzen." Jhering, a. a. O. S. 520.

nehme nur einen Fall, wo lediglich Verhandlungen vorliegen, wie: „Ich gebe dir mein Pferd ꝛc. für 200 Gulden" — „Angenommen," u. dgl. Wollten die Parteien bloß eine Verpflichtung zum dare begründen, oder wollten sie das dingliche Recht sofort übertragen wissen? Derlei Fragen gestalten sich für den Richter um so schwieriger, da die Kontrahenten selbst sich häufig nicht klar sind über die fragliche Qualität ihres Willens; und doch knüpfen sich die wichtigsten rechtlichen Konsequenzen an deren Beantwortung. — Hier nun greift die Traditionsform helfend und entscheidend ein: wenn es sich überhaupt unter den Kontrahenten darum handelt, daß das Eigenthum des Einen in das Vermögen des Andern gebracht werden soll, so ist durch die vorgenommene Besitzübertragung dokumentirt, daß dieser Erfolg nicht als ein künftiger, vom bisherigen Eigenthümer erst zu bewirkender gewollt ist (obligatorisch), sondern sofort eintreten soll (dinglich), daß nicht versprochen, sondern geleistet wird.[60])

Darin[61]) also liegt der Werth der Tradition, daß sie die obigen Zweifel — ob dinglicher, ob obligatorischer Vertrag? — ausschließt, indem sie jenen von diesem unzweideutig abgrenzt. Das Institut der

[60]) S. auch Warnkönig, Arch. f. Civilr. u. Pr. VI. S. 124, 126.

[61]) Die älteren österreichischen Schriftsteller finden die legislative Aufgabe der Traditionsform nicht, wie wir, in der Klarstellung des Rechtsgeschäfts unter den Parteien selbst und eventuell für den Richter, sondern wesentlich in der durch die Interessen des Verkehrs gebotenen Rücksicht auf Dritte; es soll dadurch der Eigenthumsvertrag einen gewissen Grad von Publizität erhalten, für Dritte sichtbar werden, so daß diese nicht leicht ohne eigenes Verschulden durch die Folgen desselben Schaden leiden können. S. Zeiller II. S. 219, Schuster, Pratobevera's Mat. VI. S. 224 f., Nippel, Ztschft. f. österr. Rtsgelehrs. 1826, II. S. 100 f., 111 und dessen Comment. III. S. 356, Winiwarter II. S. 187 (ganz ebenso Duvergier zu Toullier, droit. civ. II. 2. p. 32). Diese Argumente, die schon von den ersten Naturrechtslehrern (Grotius II. 6. §. 1, Pufendorf IV. 9. §. 3) als Entlastungszeugen für die Tradition aufgeführt wurden, sind darum nicht zutreffend, weil der extraneus, auch wenn er zufällig den Besitzwechsel mit Augen sieht, keineswegs (wie Zeiller a. a. O. meint) berechtigt ist daraus den Eigenthumswechsel zu „vermuthen"; vielmehr muß ihm die rechtliche Bedeutung jenes Akts so lange ein Räthsel bleiben, bis er in die causa der Besitzübertragung, somit in das Innere des zwischen den Kontrahenten erfolgten Geschäfts eingeweiht ist, — und ist er dieß, dann bedarf er keines äußeren Merkmals mehr um zu wissen, woran er ist, und sich vor Schaden zu hüten.

Tradition ist ein plastischer Zug in unserem Recht, der nicht nivellirt werden kann ohne bedenkliche Beeinträchtigung des Sachenverkehrs; denn es ist ein vitales Interesse alles Verkehrs, daß das konkrete Rechtsverhältniß, wie es von denen, die es begründeten, gewollt ist, vom Richter klar erkannt und demgemäß beurtheilt werde.

In theils bewußter, theils instinktiver Erkenntniß der eben dargelegten Momente hat die moderne Rechtsentwicklung und Legislation, trotz ihrer auf anderen Gebieten so stark hervortretenden Tendenz zur Formlosigkeit, gerade die Traditionsform unberührt gelassen, insofern dieselbe nicht durch andere, in mancher Beziehung gesteigerte Vortheile bietende Formen ersetzt wurde. Nur die französische Gesetzgebung (und zum Theil deren Nachbilder) macht hievon bekanntlich eine Ausnahme; daß diese Ausnahme im Ganzen keineswegs zum Vortheil der Sache gereicht, soll schließlich durch einen vergleichenden Blick auf die betreffenden Bestimmungen des Code Napoleon dargethan werden.

Nach dem Code civil wird das Eigenthum übertragen par l'effet des obligations (a. 711), d. h. das rechtsgiltige vertragsmäßige Zustandekommen einer obligation de livrer la chose . . . rend le créancier propriétaire dès l'instant, où elle a dû être livrée (a. 1138); conventio est non solum titulus, sed et modus aquirendi, wie Zachariä (II, S. 218) es ausdrückt. Die Eigenthumsübertragung also liegt bereits im (formlosen) Vertragsabschluß: der Donatar, der Käufer wird durch diesen selbst unmittelbar Eigenthümer, sans qu'il soit besoin d'autre tradition. (a. 938, 1583.)

Zu Gunsten dieses Systems wird vor Allem dessen absolute Vernunftmäßigkeit geltend gemacht: es war dem kaiserlichen Gesetzbuch vorbehalten — wie von französischer Seite nicht ohne Stolz hervorgehoben wird — die veralteten Irrthümer des römischen Rechts in diesem Theil unserer Wissenschaft zu überwinden und die Postulate der Vernunft rein zu verwirklichen.[62]) Doch dieß ist gerade der oben schon

---

[62]) S. z. B. Toullier II. 2. num. 58, 59. Mais cette vérité, quoique démontrée, n'en demeura pas moins stérile et rélegée dans les écoles pendant plus d'un siècle. Le principe erroné du droit romain reçut une nouvelle sanction dans les Codes, que quelques souverains de l'Europe firent rédiger et publier dans leurs états, sur la fin du dernier siècle. Il etait

charakterisirte naturrechtliche Standpunkt, den wir heutzutage als abgethan betrachten dürfen. — Als praktische Vorzüge dieses Systems führt man an, einmal die durch dasselbe gegebene größere Leichtigkeit und Raschheit des Sachenverkehrs, sodann den Umstand, daß dadurch die Möglichkeit ausgeschlossen wird das Eigenthum einer Sache zu übertragen, welche bereits früher rechtsgiltig an einen Anderen versprochen war, eine Möglichkeit, in deren Zulassung durch das R. R. eine „injustice frappante“ liegen soll.

Ersteres ist an sich gewiß richtig: die Leichtigkeit des Verkehrs gewinnt jedesmal, wenn eine Rechtsform fällt; es kommt nur darauf an, in welchem Verhältniß dieser Gewinn zu den Verlusten steht, die sich andererseits auch ergeben. Dieses Verhältniß aber stellt sich, nach Allem Obigen, gerade für die Traditionsform besonders günstig. Bei der übergroßen Mehrzahl aller Alienationsfälle nämlich wird diese Form als ein Hemmschuh so gut wie gar nicht empfunden. Allerdings aber gibt es im Verkehrsleben auch Konstellationen, in denen die Nothwendigkeit der Tradition (wie schon oben in Kap. VI. ausgeführt wurde) immerhin lästig und hinderlich genug erscheint; sie bilden nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Um dieser wenigen extremen Fälle willen die Tradition prinzipiell und ganz zu verwerfen, hieße offenbar das Kind mit dem Bade verschütten; ihnen gegenüber ist der allein gerechtfertigte legislative Ausweg vielmehr der, den die preußische und österreichische Gesetzgebung mit dem Institut der s. g. symbolischen Tradition einschlugen,[63]) und den auch die gemeinrechtliche Entwicklung durch die Ausbildung des Connossements betreten hat.

---

réservé au Code civil d'opérer, dans cette partie de la jurisprudence, une réforme sollicitée par la raison. . . . *Portalis* (bei Marcadé IV. p. 392): Le système du droit français est plus raisonnable, que celui du droit romain; il est encore plus favorable au commerce etc.

[63]) Ich bin weit entfernt hiemit die symbolische Tradition in ihrer gegenwärtig zu Recht bestehenden Gestalt vertheidigen zu wollen. Nur die Idee, in gewissen genau begrenzten Fällen die Tradition durch bestimmte andere Formen der Uebertragung, welche unter den vorliegenden Umständen minder hinderlich wirken, zu ersetzen, halte ich für richtig und durchführbar. Die legislative Durchführung aber, welche diese Idee in den oben zergliederten Einzelbestimmungen des österr. Rechts insbesondere erhalten hat, ist m. E. eine durchaus verfehlte; sie leidet an zwei Hauptgebrechen: einmal an dem Mangel präziser Feststellung derjenigen

Was den zweiten Punkt betrifft, so sieht man sofort, daß auch hier wieder ältere Irrthümer[64]) im Spiel sind. Heutzutage sehen wir darin, daß das Eigenthum des Empfängers dem (früheren) Promissar gegenüber nicht minder wirksam ist als bezüglich jedes Dritten, keineswegs irgendwelche Anomalie, sondern einfach eine Konsequenz aus der verschiedenen Natur dinglicher und obligatorischer Rechtsverhältnisse. Es kann nicht Aufgabe der Gesetzgebung sein dem Promittenten die Möglichkeit, sich selbst die Erfüllung seines Versprechens unmöglich zu machen, abzuschneiden, am allerwenigsten dürfte sie dieß auf Kosten eines Dritten (des spätern Empfängers) thun. Jene Eventualität also, die durch den Code civil ausgeschlossen sein soll, enthält nichts weniger als „une injustice frappante.“ Aber ist dieselbe denn wirklich ausgeschlossen?

A. 1141. Si la chose, qu'on s'est obligé de donner où de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux, qui en a été mise en possession réelle est préferée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois, que la possession soit de bonne foi.

Man sieht, gerade in den gewöhnlichsten und häufigsten Fällen des täglichen Verkehrs wird jener perhorreszirte Erfolg auch unter der Herrschaft des französischen Rechts dennoch eintreten können. —

Eben bei dem angeführten Artikel, der einen Anwendungsfall des Grundsatzes „en fait de meubles possession vaut titre“ enthält, beginnt nun aber eine Reihe von technischen, zum Theil ganz unlösbaren Schwierigkeiten, in die sich die französische Legislation durch die Beseitigung der Traditionsform verwickelt hat. Denn einerseits soll doch das Eigenthum ganz allgemein schon durch nudum pactum übertragen werden, und andererseits wieder soll der, welcher bloß nudo pacto Eigenthümer geworden ist, seine Sache dem Dritten (redlichen) Besitzer gegenüber keineswegs erstreiten können (Art. 1141, 2279).

Uebertragungsformen, welche eventuell an die Stelle der Tradition zu treten haben, und zweitens daran, daß die Grenzen des Anwendungsgebietes der s. g. symb. Tradition, anstatt möglichst knapp und genau gesteckt, ungebührlich weit und verschwommen sind.

[64]) Vgl. oben Note 2.

Dieser offenbare Widerspruch hat Einige zu der Behauptung gedrängt, die Regel des Art. 711, 1583 ꝛc. habe überhaupt nur auf Immobilien Anwendung, das Eigenthum an beweglichen Sachen könne auch nach französischem Recht nur durch Vermittlung des Besitzes, also durch Tradition vertragsmäßig erworben werden.[65]) Eine Folgerung, die den Verfassern des Code gewiß nicht in den Sinn gekommen ist. — Andere gehen hierin nicht so weit, indem sie zwar den Satz, daß par l'effet des obligations das Eigenthum erworben werde, auch für Mobilien aufrechthalten, aber dieses Eigenthum nur unter den Kontrahenten wirken lassen:[66]) so entsteht eine neue, eigens für diesen Fall erdachte Theorie von einem Eigenthum „inter partes“, welches Dritten gegenüber wirkungslos, ebendarum praktisch von sehr beschränktem Werth ist, und doch nur ganz willkürlich „Eigenthum“ genannt wird, da ihm das Hauptmerkmal aller dinglichen Rechte, die Absolutheit, fehlt. Schließlich kommt es auch hier darauf hinaus, daß, wer an Mobilien ein richtiges Eigenthum — au préjudice des droits des tièrs — erlangen will, sich die Sachen muß tradiren lassen.

Mit Unrecht dagegen hat man in einer anderen Bestimmung des Code civil einen Widerspruch mit dessen Grundsatz von der Formlosigkeit des Eigenthumsvertrags finden wollen; es ist dieß a. 1867, wonach das Sozietätsverhältniß erlischt, lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, und wenn dieses Objekt untergeht, avant que la mise en soit effectuée. In der That liegt die Sache hier sehr einfach, wenn man nur (mit Zachariä §. 180) daran festhält, daß auch auf dem Boden des fran-

[65]) S. Renaud, Zeitschr. f. ausländ. Rechtswissenschaft XVII. S. 137 f., und die dort Angeff. — Aber auch von diesem Standpunkt ergeben sich neue Schwierigkeiten aus der Schlußbestimmung des art. 1141, wonach nur der gutgläubige Empfänger der Sache Eigenthümer „bleibt“. Hier sucht Renaud a. a. O. S. 216 durch folgende, sehr problematische Konstruktion zu helfen: der unredliche Besitzer verliert (wann?) sein durch Tradition erworbenes Eigenthum zu Gunsten des früheren Promissars; letzterer hat gegen ihn eine persönliche Klage auf Herausgabe der Sache, und zwar die Klage aus seinem Kontrakt mit dem Alienator — denn ein *dolus* des Empfängers liegt nicht vor — welche hier vom Gesetz ausnahmsweise gegen einen Dritten (!), den Besitzer, gegeben wird.

[66]) S. Toullier III. 2. no. 205, Troplong, de la vente, no. 42.

zösischen Rechts das Eigenthum nur durch dinglichen — wenn gleich formlosen — Vertrag übertragen wird. Das Versprechen eine Sache zu liefern („a promis de mettre") aber ist ein solcher nicht, es kann immer nur eine Obligation begründen, die ihrer Erfüllung durch einen künftigen dinglichen Vertrag (mit oder ohne Tradition) entgegen sieht. Die obige Disposition des a. 1867 enthält also nichts Prinzipwidriges. Aber es erhellt aus ihr deutlich — und darum wurde des a. 1867 hier gedacht, — daß jenes Prinzip es keineswegs überflüssig macht zwischen pactum de tradendo und pactum traditionis genau zu unterscheiden; diese Unterscheidung ist unter der Herrschaft des Code civil nicht minder wichtig, aber sie ist *in concreto* unendlich viel schwieriger,[67]) als dort, wo die Traditionsform das Kriterium des dinglichen Vertrags bildet.

Diesem schwer wiegenden Uebelstand theilweise abzuhelfen scheint der Zweck der vielbesprochenen Einzel-Bestimmungen der Artikel 1605, 1606:

Der Verkäufer hat seinem Käufer gegenüber nach a. 1603 zwei Hauptverpflichtungen, celle de *délivrer* et celle de garantir la chose, qu'il vend. Jenes délivrer nun geschieht bei Immobilien durch Uebergabe der Schlüssel oder der schriftlichen Erwerbstitel (a. 1605), bei Mobilien entweder durch Besitzübertragung (tradition réelle), oder wieder durch Schlüsselübergabe, oder endlich bloß durch eine dießbezügliche Uebereinkunft (où même par le seul consentement des parties); letzteres jedoch nur, wenn entweder der Fall einer brevi

[67]) Wie leicht aber auch in abstracto, seitens der Gesetzgebung und Wissenschaft, dieser Unterschied übersehen werden kann, wenn man einmal die Formlosigkeit des dinglichen Vertrags proklamirt hat, zeigt wieder der C. c. in a. 1599. Hier heißt es nämlich „la vente" sei richtig, während doch nur der Eigenthumsvertrag, der allerdings nach diesem System im Kauf zugleich versteckt liegt, für nichtig erklärt werden kann, wenn man nicht die ganze Lehre vom Kauf auf den Kopf stellen will. Cf. L. 28. D. contr. emt., L. 11. §. 2, 8, 18. D. act. emt. Die meisten französ. Rechtslehrer thun dieß, indem sie hier den Kaufvertrag selbst für nichtig erklären. Vgl. darüber Windscheid, Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte S. 94, 95, Zachariä II. S. 371 f. Für bloß relative Nichtigkeit: Troplong l. c. n. 238, Merlin, m. hypoth., Delvincourt II. p. 52, Duranton X. n. 434, XVI. n. 176.

manu traditio vorliegt, oder wenn die Besitzübergabe momentan unthunlich ist (a. 1606).

Man erkennt hierin sogleich die traditiones fictae[68]) des älteren gemeinen Rechts. Aber was sollen diese zur Erleichterung der Tradition aufgebrachten Formen hier auf dem Gebiet der prinzipiellen Formlosigkeit des Eigenthumsvertrags? Stehen die aa. 1605, 1606 nicht da, als existirte kein a. 1583?

Jene „symbolischen" Akte haben in der That hier noch weit weniger Sinn und Berechtigung, als auf dem Boden des gemeinen und österreichischen Rechts: denn die Besitzübertragung kann, wie oben zur Genüge ausgeführt ist, durch ein derlei „Symbol" nicht bewirkt werden, der Eigenthumsübergang aber soll hier nicht erst bewirkt werden, er ist ja bereits durch den Kauf vollzogen. Noch weniger wird man behaupten wollen, der Verkäufer entledige sich durch jene symbolischen Handlungen seiner Vertragspflicht; oder sollte er dieser genügt haben, wenn er dem Käufer die Schlüssel oder Titel zur Sache übergeben hat, ihm aber gleichwohl den faktischen Genuß und Besitz derselben vorenthält?

Mithin bleibt nichts übrig, als anzunehmen, diese symbolische délivrence habe nur die Bedeutung, den im Kaufabschluß regelmäßig schon liegenden Eigenthumsvertrag (a. 1583) noch insbesondere deutlich hervorzuheben, damit der Käufer wisse, es sei ihm nicht bloß versprochen, sondern geleistet worden, und er habe sich von nun an als den rechtlichen Herrn der gekauften Sache zu betrachten. Denn dazu sind obige Zeichen allerdings angethan um den Uebereignungswillen des Gebers unzweifelhaft und augenfällig zu machen.[69])

---

[68]) So werden diese Fälle von den Commentatoren des C. c. auch durchweg aufgefaßt und benannt.

[69]) Und unter dem „consentement" insbesondere, welches in obigen Fällen als Form des délivrer gilt, kann dann nichts Anderes gedacht werden, als eine noch eigens und ausdrücklich auf die Eigenthumsübertragung gerichtete Erklärung, außer und neben dem consentement, welches zum Kaufabschluß bereits erfordert wurde; eine Erklärung „de facta traditione". Eine solche verlangt ausdrücklich Zachariä §. 354. Note 6, vgl. Toullier IV. 1. N. 40. — Hier begegnen sich die letzten Ausläufer der beiden entgegengesetzten Systeme im constitutum possessorium.

So zeigt sich, wie das innere Bedürfniß dem dinglichen Vertrag eine plastische Form zu geben sich von selbst immer wieder hervordrängt. —

Diese wenigen Bemerkungen dürften mehr, als abstrakte Betrachtungen, geeignet sein darzuthun, um wie viel leichter es ist das Institut der Tradition als veraltet zu beseitigen, als die hieraus entspringenden praktischen Uebelstände und technischen Schwierigkeiten zu vermeiden.

Beilagen.

1.

Justa causa traditionis.

Damit die Eigenthumstradition ihren Zweck, die Eigenthumsübertragung, erreiche, soll erforderlich sein, daß sie *ex justa causa* erfolgt sei. Dieses Requisits wird von den Quellen ganz allgemein in folgenden Stellen gedacht:

Ulpiani fragm. XIX. 7.

Harum rerum (sc. nec mancipi) dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet si *ex justa causa* traditae sunt nobis.

L. 31. pr. D. aqu. r. dom. (Paulus).

Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua (alia qua) *justa causa* praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

§. 40. Inst. de rer. div.

. . . Sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia *ex causa* tradantur, sine dubio transferuntur.

Gaj. Inst. II. 20.

Itaque si tibi . . . argentum tradidero sive ex venditionis causa, sive ex donationis, sive alia *ex causa*, tua fiet ea res [1]). . . .

---

[1]) Manche stellen hierher auch: L. 24. C. de R. V. 3. 32. Nullo justo titulo praecedente possidentes ratio juris quaerere dominium prohibet. — Allein die Stelle spricht von der Usukapion, oder kann mindestens auch dahin verstanden werden, da sie es dahingestellt sein läßt, ob das quaerere dom. traditione oder usucapione gemeint ist. Für Letzteres spricht nicht nur der Ausdruck „possidentes", sondern auch das Wort „titulus", welches ebenso häufig in Verbindung mit usucapio, als selten bei der Tradition vorkommt. Vgl. über diesen Sprachgebrauch Hugo, Civ. Mag. IV. S. 145 f., Voigt, die Condictiones ob causam u. s. w. §. 20.

Was nun unter dieser justa causa, wo eine solche als Erforderniß giltiger Eigenthumstradition erscheint, zu denken sei, darüber haben die Ansichten bekanntlich sehr gewechselt. Die Aelteren hielten sich zunächst an die in den beiden zuletzt citirten Stellen angeführten Beispiele, venditio, donatio u. s. w. und verstanden unter causa traditionis ein Rechtsgeschäft, auf welches die traditio als Erfüllung folge. *Justa* causa wäre demnach „ein rechtsgiltiges Geschäft, zu dem die Erlangung des Besitzes hinzukommen müsse". Thibaut, Syst. §. 592, und ähnlich Pothier, traité de domaine, num. 229, Glück VIII. §. 583, Gesterding, Eigenthum S. 121 u. A. m.[2]). Die Traditionshandlung selbst hat nach dieser Auffassung durchaus keine selbstständig juristische Natur, sie ist lediglich die faktische Konsequenz[3]) der rechtlichen That-

---

[2]) Auch Voigt, a. a. O. §. 28 gehört, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte, hierher, indem er S. 145 die causa traditionis definirt als „dasjenige obligationsmäßig zu einer Leistung verpflichtende Rechtsverhältniß (oder: als diejenige causa obligationis), welches der Tradition in deren Stellung als Solution jener Leistung unterliegt"; und wenn er S. 125, 126 sagt, „die causa oder der titulus sei gegeben in einem obligatorischen Rechtsgrund, der an und für sich der Tradition nur als Solution zukömmt, ... und welcher von vornherein einen eigenen objektiven, wie auch, bei vertragsmäßigen Obligationen, einen subjektiven Thatbestand enthält in dem Willen des Interessenten, der übereinstimmend gerichtet ist auf das als *causa* fungirende obligatorische Geschäft"; „daher muß jede Tradition... einen solutorischen Charakter an sich tragen." (S. 126, Note 30.) — Allein Voigt ist weit entfernt die Konsequenzen dieser Theorie zu ziehen: er unterbreitet jener „solutorischen Beziehung eine sehr erweiterte Unterlage", indem er nämlich auch die Tradition im Handgeschenk, die Hingabe conditionis implendae causa, ob turpem, injustam. c. u. s. w. als solutio (!) auffaßt; desgleichen auch die auf Grund eines irrig als vorhanden angenommenen Rechtsgeschäfts geschehene Uebergabe, denn jene causa sei vorhanden, wenn nur der Tradent sie als vorhanden voraussetzt! — Da nun jeder zurechnungsfähige Geber irgend einen Grund des Gebens wenigstens im Sinn haben muß, kann freilich an der Nothwendigkeit einer „causa" in diesem Sinn nicht gezweifelt werden. So kommt Voigt, indem er seinen Begriff der „obligatorischen causa" bis zur Unkenntlichkeit entstellt, auf einem überflüssigen und mühsamen Umweg zu den praktischen Resultaten der von ihm so bitter bekämpften herrschenden Meinung. S. darüber die gründliche Rezension von Witte, Schletters Jahrb. X. S. 6 f.

[3]) „...; und an dieses vorhergegangene Rechtsgeschäft muß sich die Tradition als eine Folge anschließen." Hier ist der Punkt, aus dem sich jene nunmehr längst

sache, der causa;[4]) so stellte noch Rudorff (Zeitsch. f. gesch. RW. XIII. S. 189) dem „Besitzakt" der Tradition die causa als den „Rechtsakt" gegenüber.

Das praktische Ergebniß dieser Theorie, sofern sie rein festgehalten wird, muß dahin gehen: Eine dinglich wirksame Tradition kann nur existiren als solutio, im Causalzusammenhang mit einem giltigen Rechtsgeschäft; wo dieser „Rechtsakt" aus welchem Grund immer fehlt, überträgt der bloße „Besitzakt" kein Eigenthum.

Und hiemit in bester Uebereinstimmung finden sich in der That zwei spezielle Entscheidungen Ulpians.

In der einen Stelle — L. 25. §. 1. D. de usufr. — wirft Ulpian die Frage auf, wem der servus usufructuarius eine von ihm gekaufte Sache erwerbe, seinem dominus oder dem Usufruktuar? Es komme hier darauf an, lautet die Entscheidung, aus wessen Vermögen der Preis bezahlt wurde; dann fährt der Jurist fort: Quid tamen si forte simul solverit ex re utriusque? utputa decem pretii nomine debebat, et dena solvit ex re singulorum; cui magis servus aquirat? si numeratione solvit, intererit cujus priores nummos solvat, nam quos postea solverit, *aut vindicabit,* aut si fuerint nummi consumti, ad condictionem pertinent. . . .

Die zweite Zahlung ist eine Tradition, der eine causa im obigen Sinn nicht unterliegt, da nur Ein Kauf geschlossen und die aus demselben entsprungene obligatio durch die erste Zahlung bereits getilgt war; dieser Tradition nun spricht Ulpian mit den Worten „aut vindicabit" die Wirkung der Eigenthumsübertragung ab.

Man hat dieses Ergebniß der Stelle im Interesse der jetzt herrschenden Meinung dadurch zu beseitigen gesucht, daß man annahm, die dem Sklaven gewährte Administrationsbefugniß habe zwar die Vollmacht

---

überwundene Lehre vom Tit. und Mod. aquirendi entwickelte: „diese j. c. nennt die Doktrin justus titulus und unterscheidet ihn von der traditio, als dem Modus aquirendi." Gesterding a. a. O., Höpfner §. 293.

[4]) Es wurde von Vertretern dieser Ansicht wohl auch der Versuch gemacht alle die Rechtsgeschäfte, welche j. causae trad. sein können, aufzuzählen; s. z. B: Unterholzner, Verjährung I. §. 106. Daß die Kategorien: donandi, solvendi, credendi causa nicht erschöpfend sind, bezweifelt h. z. T. Niemand mehr. Vgl. Windscheid, Voraussetzung S. 89 f., Pand. I. §. 98. Anm. 1.

in sich geschlossen Verträge einzugehen, nicht aber die Eigenthum zu übertragen; und wegen dieser Mandatsüberschreitung sei jene Tradition nichtig (Strempel, die J. Causa bei der Tradition, S. 40). Allein diese Unterstellung, schon darum bedenklich, weil sie im ganzen Wortlaut der Stelle keinen Anhaltspunkt hat, wird vollends unmöglich durch die Worte: quos *postea* solverit, . . . vindicabit in Verbindung mit dem Vorhergehenden: intererit, cujus priores solvat, indem hieraus klar ist, daß Ulpian nur die zweite Zahlung für nichtig erklärt, die erste giltig sein läßt; wäre aber der Sklave zur Eigenthumsübertragung nicht befugt gewesen, so müßte dieses Hinderniß beide Traditionen gleichmäßig ergriffen haben.

Die zweite hieher gehörige Stelle ist die sehr bekannte L. 18. D. reb. credit.[5])

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu eam quasi mutuam accipias, Julianus scribit (cf. L. 36. D. aqu. domin.), donationem non esse, sed an mutuum sit, videndum; et puto nec mutuum esse, magisque *nummos accipientis non fieri*, cum alia opinione acceperit. . . .

Die Eigenthumstradition also ist hier nichtig, weil weder der Darlehensvertrag, noch die Schenkung, als deren Erfüllung sie erscheinen soll, in Wahrheit zu Recht bestehen. —

Sehen wir nun aber ab von den soeben angeführten beiden Entscheidungen Ulpians, so finden wir, daß der Gesammtinhalt unserer Quellen mit der obigen Auffassung der justa causa traditionis als

---

[5]) Nicht hierher gehört jedoch L. 55. D. contrah. emt.: Nuda et imaginaria venditio pro non facta est; et ideo nec alienatio ejus rei intelligitur. (Paulus.) — N. et imag. venditio ist ein Scheinkauf, eine Simulation. Nun muß aber bei derlei Fällen scharf unterschieden werden, ob a) das scheinbar abgeschlossene Geschäft zwar simulirt, dafür aber ein anderes ebenfalls auf Eigenthums-Uebertragung gerichtetes — und somit diese selbst — gewollt ist (z. B. donatio statt scheinbarer venditio, L. 3, L. 9. C. h. t. 4, 38); oder ob b) Alles, was zum Schein vorgenommen wurde, simulirt, also gar nichts gewollt ist. L. 30. D. de ritu nupt. u. a. Ersteres anzunehmen liegt in L. 55 cit. keine Veranlassung vor; es kann daher die Stelle wohl nur dahin verstanden werden, daß bei einem Scheinkauf unter der Voraussetzung b kein Eigenthums-Uebergang stattfindet, was sich einfach daraus erklärt, daß der animus dominii transferendi nicht vorhanden ist: simulata pro infectis. L. 6. C. si cert. p. 4, 2.

eines zur Tradition verpflichtenden obligatorischen Rechtsverhältnisses, schlechthin unverträglich ist:

Die ganze Lehre von der condictio indebiti ruht auf der Voraussetzung, daß das Eigenthum durch Tradition auch dort übertragen wird,[6]) wo eine j. c. in jenem Sinn gewiß fehlt. L. 22. pr. L. 53, 54. D. cond. indebiti. Vgl. L. 1. §. 3. D. cond. sine c., L. 12. D. cond. c. data, Gaj. Inst. IV. §. 4., L. 12. D. usufr. quemadmod. cav. (. . . neminem rem suam . . . nisi furi . . . condicere posse). — Rechtswirksamkeit der Tradition ohne vorhergehendes Rechtsgeschäft setzen ferner alle Innominatkontrakte voraus, die mit einem dare beginnen, da hier nicht solvendi, sondern contrahendi animo Eigenthum übertragen wird. L. 1. §. 2. D. rerum permut. — Dieselbe wird endlich ausdrücklich anerkannt in der vielgenannten L. 36. D. aquir. dom. (Julian):

. . . si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire . . .

so wie in L. 6. fin. Cod. si quis alteri vel sibi (4, 50)

. . . si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, emti actionem nec tibi, nec illi quaesiisti, dum tibi non vis, nec illi potes. Quare in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est.[7])

Man darf sonach den Satz, daß der in der Tradition sich vollziehende dingliche Vertrag in seiner Wirkung durchaus unabhängig ist von dem Bestehen oder Nichtbestehen einer bezüglichen Obligation, als einen der unzweifelhaftesten Grundsätze des römischen Sachenrechts betrachten (Dernburg, Arch. f. civ. Pr. 40. S. 12);[8]) — damit aber ist die Frage nach dem wahren Sinn der „justa causa praecedens“ von Neuem aufgeworfen.

---

[6]) Dabei muß freilich stets vorausgesetzt werden, daß dem Empfänger diese Nichtigkeit nicht bewußt war; denn wissentlicher Empfang eines indebitum involvirt ein furtum (L. 18. D. cond. furt. 13, 1, Vangerow III. S. 296) und macht dadurch die Tradition unwirksam. S. unten.

[7]) Die von Warnkönig angeführte L. 10. C. de resc. vend. 4, 44 scheint mir nicht hierher zu gehören; denn es handelt sich dort um einen zwar wegen dolus anfechtbaren, aber ipso jure giltigen Kaufvertrag.

[8]) Insofern dieß feststeht, gehört die weitere Frage nicht mehr hieher, wie nun

Die Neueren gehen bei Beantwortung derselben von der Anerkennung jenes Grundsatzes aus und stützen sich weiter auf folgende Betrachtung:[8a])

Die äußere Thatsache der Hingabe einer Sache in die Gewalt eines Andern ist an und für sich den verschiedensten rechtlichen Deutungen zugänglich; sie kann Tradition im technischen Sinn sein, sie kann aber ebensowohl nur ein Kommodat, oder Precarium begründen, einen Miethvertrag vollziehen u. s. w. Was die traditio zur datio macht, ist nicht das Hingeben schlechthin, die *nuda* traditio,[9]) sondern der dingliche Vertrag, der sich in diesem Hingeben verkörpert, also der animus dominii transferendi et nanciscendi. Dieser Wille nun, auf den Alles ankommt, kann von den Parteien bei Vornahme der Besitzübertragung ausdrücklich erklärt worden sein, und dann ist kein Zweifel möglich, die traditio ist als datio gewollt. War jedoch

---

jener Widerspruch zwischen Julian und Ulpian zu erklären sei. Daß dieser Widerspruch besteht ist mir, trotz der bekanntlich zahllosen Vereinigungsversuche (siehe die Citate bei Vangerow I. S. 574), unzweifelhaft; worin er aber bestehe, wird jetzt von Witte, Schletters Jahrb. X. S. 12 dahin bestimmt: Nicht über die Frage, „ob eine Verpflichtung zur Vornahme der Tradition, eine objektive causa" erforderlich sei — wie man allgemein annimmt, — sondern „darin, daß Julian aus dem Wesen der beiden in Frage stehenden Rechtsgeschäfte, der donatio und des mutuum, das beiden gemeinsame Moment herausnimmt, ... und so weit die Uebereinstimmung reicht, Wirkung eintreten läßt, während Ulpian eine solche Trennung der einzelnen Elemente der Rechtsgeschäfte für unzuläßig hält und jede Rechtswirkung läugnet, weil weder donatio noch mutuum zu Stande gekommen ist." — Ob sich vermittelst dieser Wendung nunmehr herausstellt, „daß Ulpians Meinung den Vorzug verdiene", scheint jedoch höchst problematisch; wir müssen hierüber Witte's nähere Ausführung abwarten. Vorläufig sehe ich nicht, wieso „die juristische Bedeutung des Eigenthums (?) eine wesentlich andere wird, je nachdem dasselbe durch Schenkung oder Darlehen erworben ist".

[8a]) Vgl. auch oben S. 78 f.

[9]) Die Tradition an sich betrachtet, ohne Rücksicht auf ihren juristischen Gehalt, ist es, was in den Quellen mit *nuda* trad. bezeichnet wird. Wie man etwa im Deutschen sagt: die bloße Uebergabe, der nackte Wille u. s. w. und anderwärts von *nuda* emtio, conventio, voluntas, consensus gesprochen wird: vgl. L. 1. pr. D. pign. act. — L. 9. D. dom., L. 3, 5. §. 1. D. resc. vend. L. 1. §. 2. D. permut. L. 55. D. contrah. emt. L. 19. D. 19, 5. — *Nuda* ratio (Rechnung an sich betrachtet): L. 49. §. 2. D. peculio.

derselbe, wie das im Verkehr gewöhnlich zu gehen pflegt, nicht insbesondere erklärt worden, so bleibt, falls er hinterher in Frage gestellt würde, nichts übrig, als zuzusehen, ob sich außerhalb des Traditionsakts Umstände finden, aus denen auf sein Vorhandensein mit Grund geschlossen werden darf. Und dieß wird mit Sicherheit dann geschehen, wenn sich ergibt, daß unter den Parteien — wie es ja häufig der Fall ist — ein Rechtsverhältniß bestand, welches den Tradenten zur datio gerade der Sache verpflichtete, welche wirklich übergeben wurde; denn es wird dann angenommen werden dürfen, daß die Tradition erfolgte, um jener Verpflichtung zu genügen, also Eigenthumstradition war. Mit Einem Wort also: der Eigenthumsübertragungswille ist bei der Tradition das allein Wesentliche; die Frage nach seinem Vorhandensein ist stets That- und meist zugleich Interpretations-Frage; die Mittel der Interpretation sind vorzüglich und regelmäßig vorangehende obligatorische Rechtsgeschäfte.

Hierauf gestützt nun behaupten Einige geradezu, dieser Wille sei es und nichts weiter, was die Quellen verlangen, wo sie von j. c. traditionis sprechen. Andere verstehen darunter jene Interpretationsmittel, also insbesondere die Rechtsgeschäfte, aus denen auf den besagten Willen geschlossen wird, und die eben nur insofern Requisit der Tradition sein sollen, als sie diesen „motiviren". Manche auch treten beiden Auffassungsweisen abwechselnd bei.

Ersteres hat schon Donellus (Comm. IV. cap. 16.) behauptet: . . . „ut, qui causam praecedentem exigit, nihil exigat, praeter traditionem et *voluntatem*". Und unter den Neueren namentlich Warnkönig, Instit. §. 341 (ausführlich motivirt im Arch. f. civ. Praxis VI. S. 126, 131): „Nil aliud est justa causa, quam *animus domini* rem suam tradere volentis, negotio quodam vel facto expresso . . ."; ferner Puchta, Pand. §. 148 . . . „übereinstimmender Wille Beider, Eigenthum zu geben und zu nehmen, justa causa traditionis", und Instit. II. S. 676 „. . . dieser Wille bildet die j. c. tr."; Böcking, Instit. II. §. 153 die „rechtlich zureichende beiderseitige Absicht, daß Eigenthum übergehe, . . . diese ist die j. c. tr."; und ähnlich Gneist, formelle Vertr. S. 123; Schmid, Handb. I. S. 72.

Zu dieser Auffassung stimmen nun freilich jene Anfangs citirten

Quellenstellen gar schlecht, da sie sämmtlich eine Anzahl von Rechtsgeschäften als Beispiele ihrer causa anführen, also diesen Begriff durchaus nicht subjektiv zu fassen scheinen: die „venditio aut alia qua justa causa“ kann doch wohl nicht der Eigenthumsübertragungswille sein. Allein all' diese Stellen sollen nur „uneigentlich“ reden, die Sache nur mittelbar ausdrücken, indem sie die Thatsachen, aus welchen jener Wille (die eigentliche causa tr.) häufig geschlossen werden muß, selbst schon causae nennen.[10]) Direkt und unmittelbar soll dagegen die wahre Auffassung der alten Juristen enthalten sein in L. 55. D. obl. et act. und in §. 40 J. de rer. div.

Erstere Stelle, auf die namentlich Warnkönig besonderes Gewicht legt, scheint mir für unsere Frage ganz bedeutungslos:

In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat opportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam sive ea venditio sit, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi sit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest.

Javolen sagt hier, daß das Zustandekommen eines Vertrags den übereinstimmenden Willen beider Kontrahenten erfordere. Dieß gilt gewiß vom Traditionsvertrag, wie von jedem andern, daß aber in dieser Uebereinstimmung die j. causa tr. bestehe, ist nicht gesagt.

Die zweitens angeführte Institutionenstelle stammt der Hauptsache nach aus Gaj. Rerum cott. lib. II. (L. 9. §. 3. D. aqu. dom.):

Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis aquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.

Gajus stellt hier die Behauptung hin, daß die Tradition der res nec mancipi gegenüber der civilen Manzipation ein Institut des jus gentium sei, und begründet dieselbe damit, daß er sagt: der voluntas domini auch ohne die Form der mancipatio Rechtswirksamkeit zu verleihen, entspreche der naturalis aequitas; und die nat. aequitas ist ja das Prinzip des jus gentium. Gajus also sagt bloß, daß der

---

[10]) Auch Bähr, die Anerkennung S. 14 findet in L. 31 cit. und den Parallelstellen „dieselbe Ungenauigkeit des Ausdrucks.“

Eigenthumsübergang durch formlosen Vertrag, als auf naturalis aequitas beruhend, dem jus gentium angehöre, welches ja überhaupt Vertragsformen nicht kennt. Im Zeitalter Justinians war die Manzipation verschwunden. Die Grundsätze des jus gentium kamen bei Veräußerung aller Gattungen von Sachen zur alleinigen Anwendung; und in den Augen des Kaisers war die alte mancipatio eine lästige, veraltete Formalität,[11]) die mit Recht längst außer Uebung gekommen war, um der bequemen, zeitgemäßen traditio Platz zu machen. Von diesem seinen Standpunkt konnte er denn leicht geneigt sein in den obigen Worten von Gajus, namentlich in der Wendung „nihil tam conveniens est etc.“ ein Lob zu finden, das der Jurist der Tradition als der „vernünftigeren“ Erwerbsart auf Kosten der Manzipation hätte spenden wollen; und in diesem Sinn verwendet er jene Worte in §. 40 J. cit.

Per traditionem quoque jure naturali res nobis aquiruntur. Nihil enim tam . . . ratam haberi;

woran sich sogleich die Konklusion schließt,

et ideo cujuscunque generis sit corporalis res tradi potest, et a domino tradita alienatur

als Beweis, daß die nat. ratio nunmehr völlig gesiegt habe. Somit will der Kaiser mit diesem Satz nichts weiter sagen als: daß der Wille des Eigenthümers, auch ohne die lästigen Formalitäten der Manzipation, mittelst der Tradition nunmehr bezüglich aller Sachen zum Eigenthumserwerb führen kann, ist gegenüber der alten Gesetzgebung ein Fortschritt auf dem Wege der nat. aequitas, also eine zeitgemäße Neuerung.

Was nun aus dieser selbstgefälligen Anmerkung, der es in Justinians Kompilation bekanntlich nicht an Analogien fehlt, für den Begriff der causa tr. gewonnen werden soll, ist gar nicht zu ersehen. Auf den formfreien Willen des Eigenthümers, im Gegensatz zur strengen Manzipationsform, wird hier die Rechtswirkung der Tradition zurückgeführt, (und mehr als dieß ergibt sich auch nicht aus Theophil's

---

[11]) Inspeximus . . . *vanam* observationem custodiri . . . . circumductiones inextricabiles . . . quarum nullus rationabilis invenitur exitus. L. 6. C. emancip. 8, 49. Quum etiam res dividi mancipi et nec m. *sane antiquum* est, et *merito* antiquari opportet . . . L. un. C. usucap. transf. 7, 31.

Paraphrase zu der Stelle), aber daß dieser Wille es sei, was anderwärts als c. tr. bezeichnet und erfordert wird, ist nicht gesagt; im Gegentheil: in der nämlichen Stelle noch ist zuletzt von causa tr. die Rede, und wieder werden hier Rechtsgeschäfte, wie Schenkung, Dotalversprechen u. s. w. als Beispiele solcher causae genannt.

Die besprochene Auffassungsweise findet also in den Quellen nur Hindernisse; aber auch an sich betrachtet ist sie höchst unbefriedigend: die römischen Juristen sollten jenen consensus, den wesentlichen Inhalt des Traditionsgeschäfts, aus diesem herausgehoben und als causa vor dasselbe gestellt haben? Hätten unsere Quellenschriftsteller in der That unter j. c. tr. nur das Vorhandensein des animus dom. transferendi et accipiendi verstanden, so würden sie dieses Erfordernisses dort, wo sie speziell von der Eigenthumstradition sprechen, als eines selbstverständlichen kaum Erwähnung gethan haben. Und wie soll endlich dieser beiderseitige animus zu der Bezeichnung *causa* kommen, da er sich zum dinglichen Vertrag nicht etwa als Grund oder Veranlassung verhält, sondern dieser Vertrag selbst ist? —

Auf den ersten Blick plausibler erscheint die zweite der oben angedeuteten Meinungen, die auch bei den Hauptvertretern der ersten gelegentlich mit vorkommt:

Regenbrecht, Commentatio ad L. 36. D. aqu. dom. Diss. Berol. 1820 cap. 1. „. . . quoties igitur traditione . . . dominium aquisitum esse dicitur, id demonstrari nequit, nisi *ex negotio,* quo animus dominii transferendi ostenditur. Hoc autem *animi* dom. transf. *indicium seu causa traditionis* cernitur vel in obligatione, . . . vel in negotio, quod etc.“

Warnkönig, im Arch. S. 115. „Die j. causa besteht vielmehr in einer Thatsache, welche dem Empfänger einer Sache den Willen des bisherigen Eigenthümers ihm durch Tradition sein Recht zu übertragen beweist.“

Budde, De vindicat. rer. mob. germ. Diss. Bonn 1837, p. 35: „Justa causa praecedere debet, i. e. causa traditionis animum domini, . . . aperte prae se ferre debet, uti in venditione et donatione.“

Savigny, Oblig.-Rt. II. S. 259. „Die . . . Stellen erfordern eine justa causa, und sie bezeichnen damit das Kennzeichen

jener Absicht, welches in dem die Tradition begleitenden Rechtsgeschäft liegt."

Puchta, im Rtslex. II. S. 55 (art. Besitz) „der Umstand, auf welchen sich der animus domini gründet."

Keller, Pand. §. 126. „Die bloße Handlung der Tradition genügt nicht, um den Empfänger zum Eigenthümer zu machen; denn sie kann auch in ganz anderer Absicht geschehen, und ist also an sich zweideutig. Daher wird für die besondere Wirkung der Eigenthumsübertragung erfordert, daß sie sich an ein Rechtsgeschäft anlehne und davon ausgehe, welches den Willen des Eigenthumsübergangs von beiden Seiten in sich schließt. Das ist die justa causa."

Böcking, Instit. II. S. 158, 159 „es ist die . . . auf eigentliches dare gerichtete wirkliche Absicht des Gebers und die entsprechende des Nehmers, die ein Geschäft zur justa c. trad. macht."

Aehnliche Wendungen vgl. bei **Göschen**, Vorles. II. S. 174, **Vangerow**, Pand. §. 311, **Bähr**, die Anerkennung §. 4, **Witte**, in Schletters Jahrb. X. S. 12 und in Bekkers krit. Vierteljahrsschft. VI. S. 357, **Strempel**, §. 22 u. A. Eine eigenthümlich zwitterhafte Stellung nimmt unserer Frage gegenüber **Leist** (Manzipation und Tradition §. 42 f.) ein, auf dessen Ausführungen ich unten noch zurückkomme. —

Es ist gewiß richtig, daß es für die Frage, ob die Sachübertragung im konkreten Fall Eigenthumstradition gewesen sei, sehr oft auf Interpretation aus konkludenten Thatsachen ankommt, und daß unter diesen namentlich Rechtsgeschäfte der eben genannten Art eine vorzügliche Rolle spielen; diese sind die **gewöhnlichsten** Indizien zur Erkenntniß des Traditionswillens, wenn auch keineswegs die einzigen, wie es nach den eben angeführten Aeußerungen von Regenbrecht, Keller und Böcking scheinen möchte, denn ebenso sicher, als aus einem vorgängigen Kaufvertrag, läßt sich in hundert anderen Fällen jener animus aus den verschiedensten anderen Umständen folgern, die gar nicht Rechtsgeschäfte zu sein brauchen. [12])

---

[12]) Jemand hat einen Becher tradirt; sein Erbe bestreitet den animus dom. transf.; es wird aber nachgewiesen, daß jener vor der Uebergabe den Namenszug des Empfängers in den Becher habe graviren lassen. U. dgl. m. — **Savigny** a. a. O. und **Göschen** II. S. 174 erinnern an das Handgeschenk, wo sich ja auch jener animus meist nur aus der stummen Situation erschließen läßt.

Kann man nun aber derlei Umstände, weil sie häufig in Betracht kommen für die Frage, ob Eigenthumstradition vorliege, Requisite derselben nennen? Sind denn die Beweismittel für ein Rechtsgeschäft dessen Erfordernisse? Jeder Vertrag setzt das Vorhandensein des gerade auf ein Rechtsgeschäft dieses Inhalts gerichteten Parteiwillens voraus, und bei jeder Art von Verträgen kommt es vor, daß dieser Wille im vorliegenden Fall nicht ausdrücklich erklärt war, aber aus anderweitigen Umständen mit Sicherheit geschlossen werden kann; und doch sagt Niemand, daß z. B. beim Kauf „justa causa emtionis" erforderlich sei. — Die herrschende Meinung, welche unter der von den Quellen geforderten j. causa traditionis jene Indizien des Traditionswillens versteht, fehlt also einmal darin, daß sie Erkenntnißgrund und Erforderniß verwechselt, aber auch darin, daß sie solche Momente als Requisite der Tradition hinstellt, die gar nicht allgemein, sondern nur in gewissen Fällen — wenn nämlich der animus tradendi nicht ohnehin ausdrücklich erklärt ist — in Betracht kommen.

Man muß daher mit Leist a. a. O. S. 206 f. davon ausgehen, daß es sich um jene Willensinterpretation hier nicht mehr handeln kann, daß vielmehr die Frage nach dem Vorhandensein des Traditionswillens erledigt sein muß, bevor die nach der Bedeutung der causa sich erhebt.

Gibt man dieß zu, wie man wohl muß, so kann doch die Auffassung des Wesens der causa traditionis, wie sie Leist selbst aufstellt, keineswegs befriedigen. In einem einzigen ganz speziellen Fall nämlich (traditio ex causa *emtionis*) statuirt Leist eine wahre materielle Abhängigkeit der Tradition von ihrer causa („essentielle causa", §. 42), regelmäßig und im Allgemeinen vindizirt er der causa nur „deklarative" Bedeutung. Von jenem speziellen Fall und Leist's eigenthümlicher Behandlung desselben wird unten noch mehrfach die Rede sein; mit der „deklarativen causa" aber hat es folgende Bewandtniß: Was durch sie deklarirt werden soll, ist nicht sowohl das Vorhandensein des Eigenthums-Uebertragungswillens, wie die auch von Leist bekämpfte herrschende Meinung behauptet, sondern dessen „faktische Möglichkeit." Was ist hierunter zu denken? — Leist wirft die Frage auf: „Kann bei obligatorischen Verhältnissen, deren Wesen an sich bloße Sachtradition (Besitz- oder nur Detentionsübergabe) voraussetzt, der

besondere Parteiwille unbeschränkt feststellen, daß Eigenthumsübergang ... stattfinden soll?" (S. 243.) Dieselbe wird verneint (S. 245, 246); man kann nicht „durch das Prekarium, Depositum u. s. w. zum Eigenthümer der empfangenen Sache gemacht werden, d. h. der Parteiwille, der das Depositum u. dgl. feststellt, würde mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn er zugleich bestimmen wollte, hiedurch solle der Sachempfänger Eigenthümer werden." Und dieß könne man auch so ausdrücken: „Depositum und ähnliche Geschäfte können trotz ausdrücklichen Willens der Parteien nicht j. causa der Eigenthumstradition sein." Die j. causa ist also nicht Erkenntnißgrund dieses Willens, sondern Bedingung seiner Möglichkeit und dadurch Requisit der Tradition. „Haben wir solch' ein Geschäft (Depositum 2c.) vor uns, so kann, weil die j. causa fehlt, selbst der ausdrücklich erklärte Wille (soweit darin nicht eine Zurücknahme jenes Committirens der Custodia liegt) das Eigenthum nicht übergehen lassen. Insoweit läßt sich der Begriff justa causa so übersetzen, es muß ein in concreto faktisch möglicher Wille vorliegen." (S. 255.)

Damit nun scheint mir in der That nichts gewonnen. Wenn Jemand seine Sache „deponirt" und dabei will, daß der Empfänger Eigenthümer werde, so ist dieser sein Wille zunächst gar nicht „mit sich selbst" im Widerspruch, sondern mit dem Begriff des Depositum, und dieser Widerspruch kann Zweifel erwecken nicht über die Möglichkeit, sondern über die Wirklichkeit dieses Willens; steht aber letzterer anderweitig fest, so liegt gewiß Eigenthumstradition vor, natürlich nicht auf Grund, sondern trotz des angeblichen Depositum. Es handelt sich also in derlei Fällen, wo die Parteien zwei juristisch unvereinbare Dinge erklärt haben, einfach darum, was sie in der That gewollt und daher rechtlich bewirkt haben; der Traditionswille an sich ist immer „faktisch möglich", nur ob er wirklich vorliege kann zweifelhaft sein, insbesondere wenn eine mit ihm unverträgliche anderweitige Erklärung gleichfalls vorliegt.

Somit kann ich nicht finden, daß Leist in diesem Punkt über die herrschende Ansicht wirklich hinausgekommen sei; seine „deklarative causa" ist im Wesentlichen doch nichts Anderes, als was schon Regenbrecht mit seinem „animi dominii transferendi indicium" hat bezeichnen wollen. Wir suchen aber nicht die Symptome, an denen

unter Umständen erkannt wird, ob Eigenthumstradition vorliege oder nicht, sondern nach einem juristischen Zusammenhang zwischen dem als gegeben vorliegenden, mit allen esoterischen Erfordernissen der Giltigkeit versehenen Traditionsgeschäft, und gewissen außerhalb desselben gelegenen Momenten, die dennoch auf dessen Rechtswirksamkeit influiren, — der justa causa praecedens.

Dabei müssen wir von vornherein absehen von der hergebrachten, gewöhnlichsten Bedeutung des Wortes „causa" als „Rechtsgeschäft" (vgl. Voigt a. a. O. §. 5) und uns erinnern, daß dieses Wort eines der allgemeinsten und darum in konkreter Anwendung vieldeutigsten der römischen Sprache ist, eines jener Worte, wie sie jede gebildete Sprache besitzt, um dadurch eine Fülle an sich heterogener Dinge in Einen Ausdruck zusammenzufassen, und bei deren Uebersetzung sich daher jede andere Sprache mit den verschiedensten Wendungen behelfen muß. Die Bedeutungen von „causa" stufen sich von der Höhe des abstrakten Kausalitätsbegriffs, wie ihn Cicero's Axiom „nihil evenit, nisi ex causa antecedente" ausdrückt, bis zur technischen Bezeichnung für „Prozeß" in unzähligen Schattirungen vom Allgemeinen in's Besondere ab. (S. die umfassende lexikalische Ausführung bei Voigt, S. 3—52.) Immer aber, in den allgemeinsten und speziellsten Bedeutungen, ist der Hinweis auf einen ursächlichen Zusammenhang unverkennbar, wo von „causa" die Rede ist. Causa ist nicht nur bekanntlich der terminus technicus für die Eine bestimmte Ursache einer gewissen Folge, sondern es wird in diesem weiten und bequemen Ausdruck häufig eine Summe von unter sich weiter nicht zusammenhängenden Thatsachen und Umständen einbegriffen, welche mit einer gewissen andern Thatsache in näherem oder entfernterem Kausalzusammenhang stehen und dadurch für die Beurtheilung der letzteren irgendwie relevant werden.

In diesem ganz allgemeinen und vagen Sinn, glaube ich, müssen wir die „causa" dort nehmen, wo sie von den Quellen mit der Tradition in Verbindung gebracht wird; nämlich als die Summe aller objektiven und subjektiven Thatsachen, welche zusammenwirkend die Veranlassung eines konkreten Traditionsgeschäfts gewesen sind. Daß inmitten dieser jeweilig verschiedenen Umstände sehr oft vorgängige obligatorische Rechtsgeschäfte eine Hauptrolle spielen, leuchtet von selbst ein, und daher die beispielsweise Erwähnung solcher in den hieher ge-

hörigen Quellenstellen; übrigens ist klar, daß die möglichen causae der Traditionen von unbegrenzter Mannigfaltigkeit sind (vgl. z. B. L. 1. §. 2, L. 2, 3, 4, 5, 6, L. 7. pr. §. 1, 3, 5, L. 9. §. 1, L. 11. pr. D. de Publ. 6, 2, L. 26. §. 6, L. 28 D. de noxal. act. 9, 4.), und daß der unerschöpfliche Verkehr deren täglich neue erzeugen kann (siehe z. B. eine merkwürdige Traditions-Veranlassung in L. 31. D. locati 19, 2.).

Was nun aber macht die causa zur *justa* causa traditionis? Mit anderen Worten, in wiefern kann es für den rechtlichen Erfolg eines Traditionsgeschäfts auf die thatsächliche Beschaffenheit der dasselbe begründenden Umstände ankommen, so daß eine gewisse Qualität der causa geradezu als Bedingung ihrer Rechtswirksamkeit hingestellt werden kann?

Bekanntlich begründen gewisse innerhalb der causa liegende subjektive oder objektive Momente unter Umständen die Anfechtung und Rückgängigwerdung des ökonomischen Erfolgs der Tradition; constat, id posse *condici* alicui, quod non ex justa causa ad eum pervenit (Ulpian), L. 1. §. 3. D. cond. sine c. (12, 7). Die hier vorausgesetzten Mängel in der causa erzeugen condictio, sind also (L. 12. D. usufr. quemadm. cav. 7, 9.) der Giltigkeit der Tradition nicht im Wege. Wenn daher derselbe Ulpian anderwärts sagt, „wir erwerben durch Tradition das Eigenthum der Sachen nur dann, si ex justa causa traditae sunt nobis" (Fragm. XIX. 7.), so muß er dabei an andere Fälle gedacht haben, an Fälle, wo wegen der non justa causa dem Nehmer nicht nur das Behalten, sondern schon das Erhalten der Sache verwehrt, also die Tradition nichtig ist.

Derartiger Fälle nun gibt es in der That eine Reihe;[13]) die wichtigsten sind folgende:

---

[13]) Auf zwei derselben wies gelegentlich bereits Witte (Schletters Jahrb. X. S. 12) hin, als auf non justae causae in unserem Sinn. — Auch bei Donellus findet sich einmal eine Aeußerung, die mit seiner oben referirten Auffassung der causa trad. wenig stimmt, aber offenbar das Richtige enthält: „In traditione rei proprie hoc accidit, ut neque omnes . . . possint pro arbitrio res suas alienare, . . . *neque ex omni causa possit res transferri*, puta in maritum aut uxorem ex causa donationis." Comm. IV. 5. §. 9. — Strempel, S. 149 dagegen thut alle derartigen Fälle von vornherein mit der Bemerkung ab,

A. *Donatio inter virum et uxorem.*

Sciendum autem est, ita interdictam inter v. et ux. donationem, ut ipso jure nihil valeat, quod actum est. Proinde si corpus sit, quod donatur, *nec traditio quidquam valet.* (L. 3. §. 10. D. h. t. 24, 1.)

Si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri ejus apparet. (L. 3. §. 11. D. h. t.)

Si donatae res exstant, etiam *vindicari* poterunt. (L. 36. D. h. t.) Vgl. L. 5. §. 18, L. 33. §. 1, L. 39, 55. D. h. t., L. un. §. 5. C. de v. u. a. 15, 3. Sogar ob der beschenkte Gatte den Besitz erwerbe, scheint bezweifelt worden zu sein: L. 1. §. 4. D. aqu. possess.

Aber auch eine don. int. v. et ux. kann unter Umständen ausnahmsweise doch justa causa sein, wenn sie aus ganz besonderen Anlässen geschieht, z. B. L. 14. D. h. t. Vgl. L. 13. §. 1, LL. 40 bis 43, D. h. t., Ulp. Fr. VII. 1, L. 26. C. h. t. (5, 16.)

B. *Donatio supra modum* wird mit der Ehegattenschenkung gleich behandelt: L. 34. C. de donat. (8, 54). Ausnahmen s. in L. 34. pr. L. 36. pr. §. 1, 2. C. eod.

C. Wird auf Grund eines abgeschlossenen Kaufs die Waare dem Käufer tradirt, so soll dieser nach §. 41. Inst. de rer. div., L. 19, 53. D. contrah. emt. (18, 1.) erst Eigenthümer werden, wenn er den Kaufpreis gezahlt, sichergestellt oder kreditirt erhalten hat. Ist dieß vor oder bei der Tradition nicht geschehen, so bleibt das Eigenthum aufgeschoben. Zwar werden in einem solchen Fall die Parteien in der Regel auch gar nicht den Willen haben das Eigenthum zugleich mit dem Besitz zu übertragen, es wird eine Eigenthumstradition gar nicht vorliegen, ausnahmsweise aber kann dieß doch der Fall sein; und war insbesondere dann, wenn die Tradition in der beiderseitigen irrthümlichen Voraussetzung geschieht, daß die Bedingung, an welche das Gesetz hier den Eigenthumsübergang knüpft, bereits erfüllt, daß

---

daß dieselben „nicht in die Lehre vom Eigenthumsvertrag gehören, weil sich die gesetzliche Bestimmung (der Richtigkeit) auf diesen Vertrag nicht beschränkt.“ M. E. gehören sie hieher, eben weil sich die Richtigkeit auf den dinglichen Vertrag mit erstreckt.

also z. B. der Preis bereits gezahlt sei. Hier hat der Verkäufer gewiß nicht die Absicht den Preis zu kreditiren, eben weil er ihn bereits bezahlt glaubt, wohl aber (aus demselben Grund) den Willen den Empfänger zum Eigenthümer der gekauften und vermeintlich bezahlten Sache zu machen; ebenso hat Letzterer den animus dominii nanciscendi. Die vorgenommene Besitzübergabe müßte daher nach der allgemeinen Regel den Eigenthumsübergang bewirken; die besonderen hier obwaltenden Umstände aber begründen eine gesetzliche Ausnahme, indem sie die fragliche Tradition als Eigenthumsvertrag wirkungslos machen.

Venditae vero res et traditae non aliter emtori aquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. §. 41. J. cit.

Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum. L. 19. D. cit.

D. Wenn eine Frau zur Verwirklichung einer Intercession gegen die Verordnung des St. Vellejanum ihre Sache tradirt, geht das Eigenthum auf den Empfänger nicht über. L. 23. C. h. t. 4, 29. Nov. 134. cap. 3, L. 32. §. 2. D. h. t. (16, 1.) Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit .... et hunc fundum *vindicat,* exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita... sed replicabitur a muliere ...

Und wenn ein Gläubiger, dem von einer Frau intercessionsweise ein Pfand gegeben wurde, dieses mit ihrem Einverständniß verkauft und tradirt, so wird der Käufer nicht Eigenthümer, sondern die Frau kann die Sache vindiziren. L. 7. C. h. t., L. 11. C. distract. pign. 8, 28. L. 39. §. 1. D. R. V.

Ebenso verhält es sich mit der Zahlung, welche der filius famil. behufs Tilgung einer contra St. Macedonianum aufgenommenen Darlehensschuld vornimmt: die Tradition der Geldstücke ist nichtig, der Vater kann dieselben gegen den Gläubiger vindiziren. ... patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur. L. 14. D. R. C. (12, 1.) cf. L. 26. §. 9. D. cond. indebiti (12, 6.).

E. *Furtum.*

Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem), si quid acceperit, furtum facit, nec nummi fiunt ejus. L. 43. pr. D. h. t. 47, 2.

„Falsus creditor" ist Einer, der sich fälschlich für den Gläubiger ausgibt; dabei sind zwei ganz verschiedene Fälle zu unterscheiden:

a) Debitor schuldet dem A; B gibt sich betrüglich für A aus, und empfängt so die dem Letzteren bestimmte Summe.

b) Debitor zahlt an B, weil er glaubt ihm zu schulden, indeß er einem Andern oder vielleicht Niemand schuldet; diesen Irrthum kennt B — hat ihn vielleicht dolos selbst erzeugt — und empfängt darum betrüglich die (gleichwohl ihm bestimmte) Geldsumme.

Im Fall a) liegt ein wesentlicher error in persona vor, die Tradition ist mithin jedenfalls nichtig. Anders im Fall b). Hier irrte der Tradent nicht in der Person, sondern er wähnte eine obligatio dem Empfänger gegenüber zu erfüllen, die nie bestand; — dieser Irrthum ist, wie die Lehre von der cond. indebiti erweist, ohne Einfluß auf die Giltigkeit der Tradition; sie müßte nach allgemeinen Grundsätzen wirksam sein. Dieß wird denn auch von Einigen behauptet,[14]) welche L. 43 cit. bloß auf den Fall sub a) beziehen.

Allein das Gegentheil ergibt sich aus L. 18. fin. D. de solut. (46, 3.) Nam si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere, idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solvisset: et debitor liberabitur, et Titius furti actione tenebitur. (Ulpian.) Hier könnte nur noch das „debitor liberabitur" Anstoß erregen; allein diese liberatio erfolgt keineswegs unbedingt und ipso jure. Darüber belehrt uns Afrikanus des Näheren, der gerade diesen Punkt genauer behandelt in L. 38. §. 1. D. h. t. 46, 3. Es heißt nämlich dort über denselben Fall:

Ita eum (debitorem) liberari existimavit, *si* non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur; *alioquin*, quoniam furtum eorum sit facturus, *mansuros eos debitoris*, et ideo liberationem quidem ipso jure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum est, si paratus sit . . . rel. Ein error in persona als Hinderniß des Eigenthumsvertrags liegt

---

[14]) Franke, Beiträge I. S. 95 f., Richelmann, Einfluß des Irrthums auf Verträge, §. 32, Note 216, Strempel S. 32. — Auch Warnkönig scheint dieser Ansicht zu sein, da er (a. a. O.) die „Unbilligkeit" beklagt, die darin liegen soll, „daß der unschuldige Geber sein Eigenthum verliert, weil er sich zur Tradition

in beiden Stellen nicht vor,[15]) und doch wird der Empfänger nicht Eigenthümer. Ganz allgemein sagt demgemäß Skävola:

. . . furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit. L. 18. D. cond. furt. 13, 1; cf. L. 43. §. 2. D. de furtis. Mit dem Thatbestand des furtum aber ist stets die Nichtigkeit der Tradition gegeben (L. 38. §. 1. D. cit.), mag derselben auch sonst kein Erforderniß der Giltigkeit mangeln.[16])

Darin liegt, wie in jedem der bisher sub A—E aufgeführten Fälle, eine Ausnahme von der Regel, daß der übereinstimmende Wille beider Parteien, im Traditionsakt verkörpert, — die übrigen Erforderdernisse rücksichtlich der Personen und der Sache vorausgesetzt — den Eigenthumsübergang zu bewirken hinreichend sei.

Es kann also in der Configuration der Umstände, welche eine Tradition veranlaßt haben, möglicherweise ein Hinderniß ihrer Giltigkeit liegen; die causa ist dann non justa in diesem Sinn. Enthält sie aber kein die Rechtswirksamkeit der Tradition ausschließendes Element, so wird gesagt, diese sei ex *justa* causa erfolgt, ähnlich wie die causa usucapionis dann „justa" genannt wird,[17]) wenn in ihr nichts liegt, wodurch die Ersitzung gehindert werden könnte, wenn sie sufficit ad usucapionem (L. 4. D. pro legato, 41, 8.).

---

verpflichtet glaubte, während der Empfänger in mala fide gewesen sein kann." Vgl. dagegen Sell, de condict. quaest. II., Thibaut, Pand. §. 975, Vangerow §. 625, Windscheid §. 76. Note 6, Voigt S. 142.

[15]) Auch in L. 52. §. 11. D. h. t. (47. 2.) kann man sich auf den error in persona nicht berufen, da es in dem dort erörterten Fall dem Tradenten auf die Individualität des Empfängers gar nicht ankommt, jener Irrthum somit unwesentlich ist.

[16]) Mit Unrecht sucht Donell in diesem Fall den Grund der Unwirksamkeit der Tradition im Mangel des Empfangswillens: der Dieb erwerbe das Eigenthum nicht „quia in accipientem quoque concurrere opportet dominii nanciscendi voluntatem. Quae voluntas ne in accipiente quidem ulla est sine justa causa." Allein am Willen fehlt es dem Dieb gewiß nicht: gerade daß er diesen (hier rechtswidrigen) Willen hat, das macht ihn ja zum Dieb.

[17]) Vgl. auch „justus" error in L. 44. pr. D. usurp. cf. L. 10. C. decurionibus L. 11. C. liberali caus. L. 1. §. 1. D. de dolo malo. — Eine Steigerung von justa c., ein Anlaß, wobei das Recht die Wirksamkeit der Trad. nicht nur nicht hindert, sondern so zu sagen besonders gern gewährt, „*justissima* causa": L. 1. D. pro dote, L. 3. §. 1. D. Publ.

Demnach besteht allerdings insofern eine Abhängigkeit der Tradition von der Summe jener außer ihr liegenden Umstände, die zusammen ihre causa ausmachen, als derjenige, welcher die Giltigkeit oder Ungiltigkeit des dinglichen Vertrags in concreto beurtheilen will, allemal unter Anderem auch zurücksehen muß auf die Beschaffenheit der causa. Allein die Natur dieser Abhängigkeit ist denn doch eine ganz andere, als die Abhängigkeit des Rechtserwerbs durch Ersitzung von der causa usucapionis, oder der nicht-formellen Vertragsobligation von der causa obligandi: dort ist das Vorhandensein einer gewissen causa Voraussetzung und Erforderniß der Rechtsentstehung, bei der Tradition nur mögliches Hinderniß derselben; die causa wirkt dort konstitutiv, hier höchstens impeditiv. Daher gehört der Nachweis der causa obligandi (bei nicht-formellen Verträgen) zum Klagfundament dessen, der die Existenz der obligatio geltend machen will; während der Traditionsempfänger als Vindikant (dem dritten Besitzer gegenüber) nichts zu beweisen hat, als die Eigenthumstradition und das Eigenthum des Auktors, dem Beklagten aber obliegt, zu behaupten und zu beweisen, daß jenem aus schlechter causa tradirt worden sei, z. B. contra St. Macedonianum, aus donat. int. v. et ux. u. s. w.

Hieraus erhellt, daß das, was man gewöhnlich die „Selbstständigkeit" des Traditionsvertrags, die „Unabhängigkeit" desselben von seiner materiellen causa zu nennen pflegt, durch jene singulären Rechtsbestimmungen, welche bei gewisser Beschaffenheit der causa die Giltigkeit der Tradition ausnahmsweise negiren, nicht alterirt wird;[18]) man kann die Tradition weder im Allgemeinen, noch etwa in den obigen besonderen Fällen einen „Materialakt" nennen,[19]) denn sie ist nicht,

---

[18]) S. auch Leist, S. 256, N. 1. „Die Ausnahme ändert nicht, sondern firmirt umgekehrt das gegenüberstehende Prinzip."

[19]) Dieß thut Leist a. a. O. S. 222 f., 227, 255 für den oben unter C angeführten Fall; die venditionis causa allein ist ihm „essentielle" Causa. — Ich theile weder im Allgemeinen die Leist'sche Auffassung der in diesem Fall (§. 41. Inst. de rer. div.) eingreifenden Rechtssätze (s. darüber die Beilage 2.), noch kann ich insbesondere einsehen, warum das Traditionshinderniß des nichtgezahlten Preises die ganze Verkaufskausa zur essentiellen, und die Tradition gerade in diesem Fall zum Materialakt machen soll, während z. B. die Tradition aus Ehegattenschenkung es nicht ist. Daß die Tradition keineswegs von der ganzen venditionis causa,

wie jene Obligationen, mit ihrer causa verwachsen, ihre Rechtsgiltigkeit beruht nicht auf der causa, — wenngleich sie sich nicht trotz einer jeden causa behaupten kann. Die praktische Konsequenz dieser wesentlichen Verschiedenheit liegt in der oben angegebenen Vertheilung der Beweislast.

Justa causa traditionis, wie wir sie verstehen, ist also ein Negatives: das Nichtvorhandensein gewisser verpönter Elemente unter dem Kreis von Verhältnissen und Thatsachen, aus dem die Veranlassung zur Tradition hervorging. Sie ist, wie bereits hervorgehoben, nicht Erforderniß der Tradition im eigentlichen Sinn, sondern nur negative Bedingung derselben. Als Bedingung wird sie auch in den Eingangs abgedruckten Quellenstellen überall hingestellt; nur insofern können diese als nicht ganz genau gefaßt bezeichnet werden, als sie sich positiv ausdrücken, denn es ist streng genommen nicht Bedingung der Giltigkeit der Tradition, daß sie aus einer causa von gewisser Beschaffenheit (justa) erfolge, sondern nur, daß sie nicht aus gewissen causae (non justae) erfolge.

Nach Allem Obigen also ist die justa c. traditionis keinesfalls ein konstitutives Element im vertragsmäßigen Eigenthumserwerb; der Begriff bezieht sich gar nicht auf ein Requisit der Tradition, sondern auf gewisse singuläre Hindernisse derselben. Und darum kann es von unserem Standpunkt nur gebilligt werden, wenn die neueste systematische Bearbeitung des Pandektenrechts (Windscheid I. §. 171, 172) unter den Voraussetzungen des Eigenthumserwerbs durch Tradition die „justa causa" nicht mehr aufführt. Denn es gilt hier genau dasselbe, was Savigny, Obl.-Recht II. S. 263 von gewissen Anfechtungsgründen der Stipulation gesagt hat: „Es würde die gründliche Einsicht in die wahre Natur der Rechtsverhältnisse mehr stören, als fördern, wenn man diese negativen Bedingungen, die eine ganz exzeptionelle Natur haben, mit jenen positiven zusammenstellen, und beide als gleichartig behandeln wollte."

---

sondern nur von dem Faktum der Preiszahlung abhängt, ergibt sich schon daraus, daß sie das Eigenthum überträgt, wenn auf Grund eines nichtigen Kaufs tradirt und der Preis bezahlt wurde (Waare und Preis können hier nur kondizirt werden).

2.

Ueber das Rechtsverhältniß des Käufers zur pretio non soluto tradirten Sache nach dem in §. 41. Inst. de rer. div. erwähnten Zwölftafelgesetz.

Der primitive und gewiß älteste Hergang bei Erfüllung des Kaufvertrags ist die gleichzeitige Leistung des Preises und der Waare, der Handel Zug um Zug. Aber es muß bei einigermassen entwickelterem Verkehr überall bald dahin kommen, daß jene beiden Erfüllungsakte sich häufig nicht mehr decken, daß Tradition oder Zahlung antizipirt wird. Da ist es nun Sache desjenigen, der geleistet hat, sich des Eintreffens der Gegenleistung zu versichern, sie im Nothfall rechtlich zu erzwingen. Die Mittel dazu sind im Allgemeinen die aus dem Kauf entspringenden obligatorischen Ansprüche; doch gibt es Eventualitäten, denen gegenüber obligatorische Ansprüche eine ausreichende Sicherheit nicht gewähren, wo nur eine dingliche Berechtigung an dem geleisteten corpus denjenigen, der geleistet hat, vor Verlust zu bewahren vermag. Zwar was den Käufer betrifft, so könnte ihm auch ein dingliches Recht an den Zahlungshalber tradirten Geldstücken nur in den seltensten Fällen von Nutzen sein, da es ja im Belieben des Empfängers steht dieselben durch Vermischung mit eigenem Geld wann immer in sein unumschränktes Eigenthum zu verwandeln.[1]) Dagegen kann es

---

[1]) Vgl. Leist, Manzipation und Tradition, S. 69.

allerdings dem Verkäufer, wenn er eine nichtfungible Spezies tradirt hat, unter Umständen von der höchsten Wichtigkeit sein eine rechtliche Macht über diese Sache zu behalten, bis er Befriedigung erlangt hat.

Da nun die Tradition sowohl aufschiebende als aufhebende Bedingungen aller Art verträgt,[2]) ist dem Verkäufer die Möglichkeit gegeben, indem er tradirt, seine auf Eigenthumsübertragung gerichtete Willenserklärung mit Bedingungen zu behaften,[3]) die ihn in den Stand setzen sich eventuell mit kräftigeren, als bloß obligatorischen Mitteln vor Schaden zu bewahren. Das pactum reservati dominii, die lex commissoria, ein vertragsmäßig vorbehaltenes Pfandrecht bieten ihm rücksichtlich seiner Kaufschillingsforderung so intensive Sicherheit, als sie das Civilrecht überhaupt zu gewähren vermag.

Nichts destoweniger geht das römische Recht in seiner Sorge für den Verkäufer bekanntlich noch weiter: die ex causa venditi vorgenommene, auch unbedingte Tradition soll, falls der Kaufpreis noch unbezahlt ist, in der Regel[4]) gar nicht im Stande sein den Eigenthumsübergang zu bewirken:

§. 41. Inst. de rer. div.

Venditae vero res et traditae non aliter emtori aquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam [quod quamquam cavetur ex] lege XII. tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus est, dicendum est, statim rem emtoris fieri.

Ueber die Tendenz dieser Rechtsregel (Sicherung des Verkäufers auch für den Fall der Insolvenz u. s. w. des Käufers) ist kaum eine Meinungsverschiedenheit möglich; um so weiter aber gehen die Auffassungen darüber auseinander, wie sich dieselbe zu unserem gesammten Rechtssystem stelle, ob als jus singulare, oder als regelrechte Konse-

[2]) L. 2. §. 5. D. de donat., L. 38. §. 1. D. aqu. possess.

[3]) S. oben S. 57.

[4]) Ich berücksichtige im Folgenden, so lange es sich nur um die Charakterisirung unserer Rechtsregel im Allgemeinen handelt, vorläufig lediglich diese eine Hauptbedingung des Eigenthumserwerbs; von dem, was sie ersetzen kann (satisfactio, fidem sequi), wird unten des Mehreren die Rede sein.

quenz. Während u. A. Schrader, Comm. ad §. 41. Inst. h. t. Ersteres schlechthin vorausgesetzt, und Sell, dingliche Rechte I. S. 57, hier (gleichfalls ohne Motivirung) von „einer abnormen bis in die XII Tafeln hinaufreichenden Strenge" spricht, begegnen wir bei der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller der entgegengesetzten Auffassung: obiger Rechtssatz sei „eine sehr einfache juristische Konsequenz",[5]) welche „auch ohne die gesetzliche Bestimmung der XII Tafeln von selbst folge"[6]) u. s. w. Fragt man, wieso dieß von selbst folge, so betrachten die Einen die Bedingung „si emtor pretium solverit" als der Verkaufstradition schlechtweg inhärent: wer verkauft, der will eben „seine Sache unter keiner anderen Bedingung weggeben, als wenn ihm der Kaufschilling bezahlt wird."[7]) Andere gehen noch weiter: die Zahlung (oder Kreditirung) des Preises sei in unserem Fall erforderlich als Indizium des Uebereignungswillens; wo sie fehlt, da war die Tradition im Zweifel gar nicht als Eigenthumstradition gewollt; unser Rechtssatz also enthält lediglich eine Interpretationsregel über den Parteiwillen.[8]) — Allein man mag sich die Sache in der einen oder der andern Weise zurechtzulegen suchen, beidemal baut man auf unhaltbare Grundlagen. Denn es ist eine falsche Supposition, daß der Verkäufer in unserem Fall nothwendig nur bedingt tradire, resp. also sich sein Eigenthum noch vorbehalten wolle; er will vielmehr — das ist der Sinn des dinglichen Vertrags — dem Nehmer sofort Eigenthum bestellen; das Gegentheil kann nicht präsumirt werden. Noch weniger aber kann das Ausstehen der Zahlung der Tradition ex causa venditi den Charakter einer Eigenthumstradition nehmen, wenn nur sonst der animus dom. transferendi feststeht: der Verkäufer, welcher in der irrigen Meinung, es sei der Preis bereits gezahlt, die Tradition vornimmt, will gewiß eine Eigenthumstradition vollziehen; sein animus dom. transf. ist ausdrücklich erklärt, es bedarf hier keines Indiziums und keiner Interpretationsregel,[9]) — und doch wird der Nehmer nicht

---

[5]) Böcking, Inst. §. 153, Note 40.

[6]) Strempel, J. causa, §. 11.

[7]) Glück VIII. S. 114, Höpfner, Comm. §. 871.

[8]) Puchta, Vorles. I. S. 326, 327, Pand. §. 148, Strempel a. a. O.; vgl. Böcking a. a. O. S. 162.

[9]) Vgl. auch den Rechtsfall bei Leist, S. 220.

Eigenthümer. Die dingliche Wirkung der Tradition wird also durch unsern Rechtssatz gehemmt, nicht weil die Parteien dieselbe nicht wollten, sondern trotzdem, daß sie sie gewollt haben.

Gegen obige Meinungen, die alle darin übereinkommen, daß die vorliegende Rechtsregel den Charakter einer Dispositivvorschrift trage, hat neuerdings Leist[10]) die Unabhängigkeit derselben von dem „voluntaren Element" mit Recht festgehalten. Derselbe stellt nun seinerseits die eingehend motivirte Behauptung auf: Unser Satz habe mit dem Parteiwillen nichts zu schaffen, er sei aber auch nichts weniger als ein anomales Gebilde; im Gegentheil, er verwirkliche ein strenges Postulat der naturalis ratio, so zwar, daß das römische Recht sich eines argen Verstoßes gegen die aus der „Physis der Lebensverhältnisse" fließenden Prinzipien schuldig gemacht hätte, enthielte es jene XII Tafelbestimmung nicht. Denn Sacherwerb durch Kauf sei „seiner Natur nach" ein Erwerb „ex re", und das schließe a priori in sich, daß der Eigenthumswechsel bezüglich der Waare nur auf die reelle Preisleistung hin erfolgen könne.

Dieser Gedanke, der in verschiedenen Wendungen wiederholt, Leist's ganzes Buch durchzieht,[11]) scheint mir weder in sich klar, noch geeignet den uns hier beschäftigenden speziellen Rechtssatz von Innen heraus zu begründen und ihn dadurch zu einem rationell berechtigten Glied unseres Rechtssystems zu stempeln.

Denn gegenüber All' dem, was Leist in dieser Richtung ausführt, drängt sich der erste und nächstliegende Zweifel immer wieder hervor: Warum soll gerade die Verkaufstradition naturali ratione so ganz anders liegen, als die aus anderen entgeltlichen causae?

Es ließe sich wohl denken, daß irgend ein positives Recht die Eigenthum begründende Kraft des dinglichen Vertrags als solchen überhaupt nicht anerkennt, daß es von der Anschauung ausgeht: nicht die Tradition schafft Eigenthum, sondern die Schenkung, der Kauf, Tausch u. s. w., und nun noch weiter gehend sagt: aber nicht blos das Vor-

---

[10]) A. a. O. S. 210—221; vgl. auch dessen civ. Studien III. S. 183.

[11]) Vgl. S. 62, 72, 75, 79, 80, 86, 210 f., 272 u. s. w. — Siehe dazu neuestens die Rezension (von Bekker?) in der Münchner krit. Vierteljahresschrift Band IX. S. 232 f.

handensein eines derartigen obligatorischen Geschäfts (eines Titels im Sinn der ehemaligen Theorie), sondern auch das gegenseitige Erfülltsein desselben wird zum Eigenthumsübergang erfordert, also bei entgeltlichen Titeln nicht bloß die Tradition, sondern auch andererseits die gleichzeitige, oder schon früher erfolgte Leistung des Entgelts. Damit wäre freilich die Vertragsnatur der Tradition negirt, das dingliche Element zu Gunsten des obligatorischen überhaupt zur Seite geschoben und der vage Billigkeitssatz: „der Eine soll nicht haben, wenn (bevor) nicht auch der Andere hat“ auf die Spitze getrieben.

Diesen Standpunkt könnte man primitiv nennen, aber er wäre in seiner Art konsequent.

Nicht dasselbe läßt sich behaupten, wenn ein Rechtssystem den dinglichen Vertrag in seiner selbstständigen Bedeutung und Wirkung durchgehends anerkennt, diese aber dann in einem einzigen Fall doch wieder ausschließt. — Aber, so meint Leist, dieser Eine Fall ist eben ein ganz besonderer und Einziger: der Kauf. Das Besondere besteht darin, daß hier „der Erwerb auf innerer Selbstbegründung (materielle causa) ruht, also ein Erwerb ex re des Gegengeleistethabens ist“, daß es „ein materiell verdientes Eigenthum ist, welches man erwirbt“. Dem sei nicht so bei allen anderen causae der Tradition; daher sei bei ihnen „das wirklich Entscheidende lediglich der thatsächlich vorhandene animus transferendi et accipiendi dominii“, denn es liege im Prinzip der hier zur Geltung kommenden „natürlichen Aequität, daß, wenn kein Anderer dadurch verletzt wird, der formale Wille vom positiven Recht anerkannt werde“ (a. a. O. S. 272). Aber warum begnügt sich die „naturalis ratio“ beim Kauf nicht mit der Preisforderung, die ja sofort in das Vermögen des Verkäufers eintritt? und wie kommt diese mysteriöse Macht dazu sich hier gerade dem erlaubten Willen der Parteien entgegenzustemmen, blos um uns zu demonstriren, daß der Kauf ein Erwerb *ex re* sei?

Ist denn aber damit wirklich etwas dem Kauf ganz ureigenthümliches bezeichnet?[12]) Davon hat Leist mich nicht überzeugen können. „Ex re erwerben“ bezeichnet im engeren Sinn bekanntlich den Erwerb durch Vermittlung einer Sache ohne persönliche Intervention des Er-

[12]) S. dazu jetzt auch die angef. Rezension S. 247 f.

werbers, also ohne einen darauf gerichteten Willensakt (z. B. durch Alluvion); und dahin gehört der Kauf gewiß nicht. Im weiteren Sinn aber verstehen wir darunter jeden Erwerb auf Grundlage einer sachlichen Gegenleistung; und in diesem Sinn ist gewiß der Erwerb einer Sache oder Servitut durch (Tradition aus) Kauf nicht mehr noch minder ein „Erwerb ex re", als der aus Tausch oder jedem anderen Innominatkontrakt. Ob das Objekt dieser Gegenleistung Geld ist, oder eine andere Sache, — ja auch wenn es in einer persönlichen Prästation von vermögensrechtlichem Interesse bestehen sollte, so kann das für die juristische Struktur des vorliegenden Verhältnisses im Allgemeinen keinen Unterschied begründen. Am wenigsten erhellt ein solcher Unterschied, wenn man mit Leist für den Kauf gerade auf das „Verdienthaben" des erworbenen Objekts das Hauptgewicht legt; denn wer durch Tausch, gegen Arbeit u. s. w. eine Sache erwirbt, der hat in ihr gewiß nicht minder „materiell verdientes Eigenthum", als der Käufer, der vielleicht mit gestohlenem Geld kauft.

Freilich ist der Fall des Kaufs — auf der wirthschaftlichen Entwicklungsstufe der klassischen wie der modernen Civilisationsvölker — der weitaus häufigste und darum für Volkswirthschaft und Gesetzgebung wichtigste: aber das kann seine „Natur" nicht ändern oder bestimmen. Die so hervorragende Rolle, welche gerade der Kauf im Weltverkehr spielt, rechtfertigt es, daß Gesetzgebung und Rechtswissenschaft diesem Institut ihre Aufmerksamkeit insbesondere zuwenden, ihm eine detaillirtere Normirung und Durcharbeitung widmen; und es mag sich ebendarum gerade hier die dringende Veranlassung herausstellen, in diesem oder jenem Punkt die herrschenden Grundsätze utilitatis causa (im Interesse des Verkehrs) durch einzelne abweichende Bestimmungen zu modifiziren, — aber solche sind dann eben Singularitäten; sie mögen geboten sein durch gewisse wirthschaftliche und rechtliche Zustände einer gewissen Zeit, aber von der juristischen Logik sind sie sozusagen nur geduldet, die „naturalis ratio" hat mit ihnen nichts gemein.

Und als eine solche Anomalie ist mir der Satz immer erschienen, daß der Käufer das Eigenthum der Waare — trotz der Tradition — nicht erwerben soll, wenn nicht der Kaufpreis bezahlt ist. Denn das Wesen der Tradition, als des einseitigen dinglichen Erwerbsvertrags liegt eben darin, daß durch den in der Besitzübertragung verkörperten

Parteiwillen, und durch diesen allein, der Eigenthumsübergang bewirkt wird; diese Wirkung aber wird durch obigen Rechtssatz aufgehalten, der Realisirung des erlaubten Parteiwillens wird durch das Recht ein Riegel vorgeschoben. Und zwar geschieht dieß mittelst Einmengung eines rein obligatorischen Moments: der Eintritt des von beiden Kontrahenten unbedingt gewollten dinglichen Effekts wird abhängig gemacht von dem Erfolgtsein der Zahlung, einem Akt, der mit dem Traditionsvertrag unmittelbar gar nichts zu schaffen hat. Freilich liegt darin der an sich richtige Gedanke, daß man aus einem entgeltlichen Vertrag nicht bekommen soll, wenn man nicht seinerseits geleistet hat (oder zu leisten bereit ist), [13]) allein die Durchführung dieses Gedankens kann — vom Standpunkt des klassisch-römischen und des heutigen Rechtssystems — nur auf dem Boden des Obligationenrechts spielen; hier hat derselbe denn auch seine materielle Gestaltung (namentlich durch die Theorie der exceptio doli) gefunden.

Wenn gleichwohl diesem Gedanken auf dinglichem Gebiet sein Platz angewiesen wird, wie durch unsere Rechtsregel geschieht, so weist uns dieser Umstand für die Entstehungszeit derselben auf eine Periode hin, deren juristische Technik noch nicht die Mittel besaß, um jenen zu Grunde liegenden Gedanken in systematisch richtiger Form zu verwirklichen, der aber andererseits diese Verwirklichung selbst durch dringende Gründe geboten war.

Daß die römische Jurisprudenz, insofern zur Zeit der Entstehung des XII Tafelrechts von einer solchen überhaupt gesprochen werden kann, jene technischen Mittel noch nicht besaß, wird Niemand bezweifeln. Und doch dürfen wir mit Grund vermuthen, — mehr als Ver-

---

[13]) Dieß mag den justinianischen Compilatoren vorgeschwebt haben, als sie in §. 41. Inst. cit. die Anmerkung machten: „recte dicitur et jure gentium id est jure naturali id effici", eine Anmerkung, die schon Schrader l. c. wunderlich fand, obgleich dieß nicht der einzige Fall sei, wo die röm. Juristen „naturali juri tribuunt, quod quam maxime civile esse videtur". Mir scheinen derartige allgemeine Betrachtungen der Redaktionskommission bei Fragen, die doch nur aus inneren Gründen gelöst werden können, überhaupt wenig Beachtung zu verdienen; der vorliegenden aber — die übrigens in keiner der hierhergehörigen Pandektenstellen ein Seitenstück findet, — thut man gewiß zu viel Ehre an, wenn man sie mit Leist zu einem Hauptpfeiler der Untersuchung macht.

muthungen gestattet ja für diese Zeit der Stand unserer Quellen nicht — daß gerade damals das Bedürfniß dringend vorlag, den Verkäufer gegen Uebervortheilung durch den nicht baar zahlenden Käufer energisch in Schutz zu nehmen.

Denn wie man auch über die in neuerer Zeit mehrfach verhandelte Frage denken mag,[14]) ob es bereits zu Plautus Zeit eine Klage aus dem formlos abgeschlossenen Kauf gegeben habe, — so viel wird sich denn doch behaupten lassen: zur Zeit der Entstehung unserer Rechtsregel, also vor der Dezemviralgesetzgebung, hatte der Verkäufer weder eine Klage auf Zahlung des Preises, noch, wenn diese ausblieb, auf Rückgabe (condictio) seiner dem Käufer bereits überlieferten Waare. Wer also seine Sache auf Treu und Glauben verkauft (und tradirt oder manzipirt) hatte, ohne sich durch ein negotium juris civilis die Preisforderung zu sichern, der war und blieb rücksichtlich dieser auf die fides seines Käufers angewiesen, das jus civile Romanorum half ihm nicht. — Es ist das freilich ein Rechtszustand, von dem wir uns nur schwer eine klare Vorstellung machen können, insbesondere da wir nicht wissen, ob und in wie weit etwa auf ein derartiges Gebahren des Käufers, in exorbitanten Fällen wenigstens, der Begriff des furtum angewendet, und dadurch vielleicht dem Verkäufer geholfen werden konnte. Gewiß aber mußte ein solcher Zustand in dem Maße immer unhaltbarer werden, als der Marktverkehr in Rom sich steigerte, und täglich zahlreiche Käufe ohne Baarzahlung abgeschlossen wurden, bei denen aus verschiedenen Gründen die civilen Formen nicht zur Anwendung kamen. Und diese Unzulänglichkeit der bestehenden Civilrechts-Institute gerade für das wichtigste Geschäft des tagtäglichen Verkehrs dürfte die Veranlassung zur Entstehung unserer Rechtsregel gewesen sein. Sie half dieser Unzulänglichkeit ab, indem sie wenigstens dem Einen der Kontrahenten, den Verkäufer,[15]) gegen Treubruch des

---

[14]) S. darüber namentlich Bekker, Diss. de emptione venditione, quae Plauti fabulis fuisse probetur; derselbe in der Heidelberger krit. Zeitschr. I. S. 443 f., Dernburg, daselbst I. S. 471 f., Mommsen, Jahrb. des gem. Rechts II. S. 324, Rein, Privatrecht S. 702, 705. — Demelius, Zeitschr. f. Rts.-Gesch. II. S. 177 f., Voigt, Condict. ob causam, §. 41.

[15]) Auch den Käufer in ähnlicher Weise zu schützen ist schon darum weniger

Anderen schützte, lange bevor der konsensuale Charakter des Kaufs anerkannt war. Das Mittel hiezu war freilich ein gewaltsames — Hemmung des von beiden Parteien gewollten und in rechtmäßiger Form sich darstellenden Eigenthumsübergangs, — aber es war durchgreifend: man konnte jetzt ohne Baarzahlung auch Dem (formlos) verkaufen, über dessen Ehrlichkeit und Solvenz man nicht von vornherein Gewißheit hatte.

Allein dem späteren entwickelteren Rechtsleben der Römer mußte einerseits die Beschränkung immer fühlbarer werden, die durch jenen singulären Satz dem freien Sachenverkehr auferlegt wurde, andererseits konnte bei fortschreitender Schärfung und systematischer Durcharbeitung der Rechtsbegriffe die oben dargelegte anomale Beschaffenheit, die Systemwidrigkeit desselben der theoretischen Erkenntniß nicht entgehen. Beide Momente haben wohl das Ihrige dazu beigetragen, wenn unser Rechtssatz — wie im Folgenden dargestellt werden soll — im Lauf der Rechtsentwicklung bis zu den Zeiten der klassischen Jurisprudenz und noch weiter im heutigen Recht immer mehr eingeschränkt und zurückgedrängt worden ist, so daß er allmälig einen sehr beträchtlichen Theil seiner ursprünglichen Tragweite verloren hat.[16])

dringend, weil Kaufpreiszahlung gegen nachträgliche Leistung der Waare ungleich seltener vorkommt, als der umgekehrte Fall; vgl. aber auch oben bei Note 1.

[16]) Wenn es mit Ihering's Hypothese (Geist des R. Rechts II. S. 568 f.) seine Richtigkeit hätte — wofür aber weder irgend ein direkter Anhaltspunkt in den Quellen, noch innere Wahrscheinlichkeitsgründe in so zwingendem Maß sprechen, als Ihering dieß behauptet — so wäre diese Tendenz schon in den frühesten Zeiten hervorgetreten: durch die nachträgliche Aufnahme des vom Civilrecht anerkannten Scheinkaufs (per aes et libram) in die Manzipationsform (Gajus I. §. 119) hätte man den Eigenthumsvertrag in den wichtigsten Fällen des damaligen Verkehrs von jener unbequemen Beschränkung der XII. Tafeln befreit, und dem Empfänger so von vornherein den lästigen Beweis der erfolgten Zahlung erspart (siehe denselben Gedanken schon bei Heineccius ad Vinnii Comm. in §. 41. Inst. h. t.: *Inde* vero est, quod in traditionibus, quae nexu et mancipio fiebant, adhibenda esset aenea libra et emtor eam aere percuteret, indeque aes daret ei, a quo mancipio acciperet. Non enim translatum videbatur dominium, nisi satisfactum esset mancipanti). — Natürlich hätte gleichwohl diese Beschränkung von Neuem fühlbar werden müssen, als später die Manzipation aufhörte Hauptform des römischen Eigenthumsverkehrs zu sein, und nuda traditio mehr und mehr an ihre Stelle trat.

Es geschah dieß nach zwei Richtungen hin: Einmal wurden der ursprünglichen Bestimmung der XII Tafeln (s. unten) gegenüber durch Gewohnheitsrecht tief eingreifende Ausnahmen statuirt; — sodann aber erhielt der Besitz des Käufers in den Fällen, wo dieser auch jetzt nicht sofort Eigenthümer wurde, durch prätorische Rechtsmittel eine so günstige Stellung nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegenüber dem Eigenthümer selbst, daß dadurch jenem alten Rechtssatz in der That die schärfste Spitze abgebrochen ist, wenngleich noch immer verschiedene wichtige Wirkungen desselben übrig bleiben. Ich wende mich zum ersten der angeführten Punkte.[17])

Unsere Institutionenstelle[18]) führt zwei Ausnahmen an von dem

[17]) S. dazu Leist a. a. O. §. 19—23, und die dort Angeff.

[18]) Die Quellenstellen, welche für unsere Frage in Betracht kommen, sind außerdem: L. 72. D. R. V. (Ulp.), L. 5. §. 18. D. tribut. act. (Ulp.), L. 19 (Pompon.), L. 53 (Gaj.) D. contr. emt., L. 11. §. 2. D. act. emt. v. (Ulp), L. 38. §. 2. D. lib. causa, L. 14. §. 1. cf. §. 17. D. de furtis (Ulp., Julian), L. 5. §. 1. D. de jure, fisci. (Ulp.), Varro de R. R. lib. 2, I 15. II 5, Quintilian, declam. 336. — Mit Unrecht werden noch hierher bezogen: L. 20. D. de precario (wo offenbar ein ausdrückliches pactum reservati dominii vorausgesetzt wird), ferner L. 12. §. 5, L. 25. §. 1. D. usufr., L. 43. §. 10. D. aedil. edicto, L. 43. §. 1. D. aqu. dom. (welche Stellen von Leist in dem Sinn urgirt werden, als enthielten sie den Beweis, daß kraft unseres XII Tafelsatzes das Eigenthum nach der Tradition unter Umständen selbst dann noch in pendenti bleiben könne, wenn für den Kaufpreis satisfactio geleistet ist; allein das in der Schwebe sein des Eigenthums hängt in dem dort behandelten Fall mit unserem Rechtssatz gar nicht zusammen: das Eigenthum an der vom Usufruktsklaven gekauften und übernommenen Sache ist nur darum vorläufig in pendenti, weil man noch nicht weiß, aus wessen Vermögen der Preis wird bezahlt werden, für wen — Usufruktuar oder Proprietar — sie also gekauft ist; so lange diese Ungewißheit besteht, schwebt das Eigenthum; dieselbe kann aber bestehen trotz erfolgter Zahlung und behoben werden ohne solche: ersteres z. B. wenn ein Dritter den Preis bezahlt, ohne daß es klar ist, für wen er interzedire, letzteres wenn der Sklave für die Kaufschuld aus dem Vermögen des Usufruktuars ein Pfand bestellt; im ersten Fall bleibt das Eigenthum immer noch in pendenti zwischen Proprietar und Usufruktuar, im zweiten wird es diesem sofort erworben — ein Beweis, daß nicht der Mangel der Zahlung, sondern die Unbestimmtheit des Erwerbers das Eigenthum bisher in der Schwebe gehalten hat), endlich auch Tertullian de poenitentia cap. 6. (wo ausgeführt wird, wie unrecht es sei die Absolution des Beichtvaters anzunehmen ohne der auferlegten Pönitenz sich zu unterziehen, denn „hoc est pretium non exhibere, ad mercedem

Grundsatz, daß der Käufer pretio non soluto nicht Eigenthümer der tradirten Sache wird: er erwirbt gleichwohl sofort das Eigenthum unter der alternativen Voraussetzung, daß er entweder

1) alio modo ei (sc. venditori) satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato — oder daß

2) is, qui vendidit, fidem emtoris secutus est.

Was nun zunächst den Satz 2) betrifft, so war er in den XII Tafeln gewiß nicht mit enthalten; dieß ergibt sich schon aus der Fassung der betreffenden Worte und deren Stellung im Kontext des §. 41. Inst. cit., wo es erst am Schluß gleichsam anhangsweise heißt: sed etsi is, qui vendidit . . . *dicendum est*, statim rem emtoris fieri. Es wird denn auch ziemlich allgemein (Dirksen, Schrader, Leist) angenommen, daß wir darin das Resultat einer später zur Geltung durchgedrungenen erweiternden Interpretation erblicken dürfen, welche für die Frage nach dem Eigenthumsübergang auch das bloße fidem habere sine ulla satisfactione (L. 19. D. cit.) der erfolgten satisfactio, beziehungsweise der solutio, gleichgestellt hat. Ueber die Zeit, wann dieß geschehen sei, wird sich freilich kaum Sicheres ermitteln lassen. Die Behauptung Leist's, daß schon zu Varro's Zeit Kreditirung an Stelle der satisfactio zugelassen worden sei, scheint mir unerwiesen und im höchsten Grad unwahrscheinlich; denn einerseits sprechen alle inneren Erwägungen gegen die Annahme einer derartig freien Emanzipation vom Buchstaben des Gesetzes in so früher Zeit, andererseits ergibt die als Beweis beigebrachte Stelle

Varro, l. c. I. 15. Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere; neque in omnibus satis est *stipulatio* aut (et?) *solutio* nummorum ad mutationem dominii

m. E. einen solchen nicht, wenn man mit ihr zusammenhält

Varro, l. c. II. 5. In emptionibus ovium jure utimur eo, ...; prisca formula *stipulatur emtor* sic: Illasce oves . . . . habereque recte licere; haec sic recte fieri spondesne? Cum id

---

manum emittere; hoc enim pretio Dominus veniam addicere instituit, . . ." eine pastoraltheologische Homilie, die kaum jemals in juristische Monographien ihren Weg gefunden hätte, wenn nicht Rigaltius p. 121 zu der Stelle sehr überflüßiger Weise die XII Tafeln herangezogen hätte, — und wenn alle Neueren, die das Citat nachschrieben, es auch nachgelesen hätten.)

factum est, tamen grex dominum non mutavit, *nisi aes sit adnumeratum.*

Denn es liegt nahe nunmehr auch in der ersten Stelle als Subjekt der stipulatio den **Käufer**,[19]) und als ihr Objekt nicht die nummi, sondern das habere licere des Kaufgegenstandes zu denken; dann sagt Varro in dieser Stelle, die überhaupt äußerst allgemein und vag gehalten ist, nur, daß wir nicht an allen Sachen das Eigenthum schon dadurch erwerben, wenn wir uns das habere licere daran per stipulationem haben zusichern lassen, oder wenn wir etwa den Preis dafür bezahlt haben.[20]) Von Preis-Kreditirung anstatt der Zahlung wüßte demnach Varro noch nichts; und dafür fällt denn doch auch sehr in's Gewicht, daß unsere zweite Stelle, die eine ausführliche und genaue Anweisung für Landwirthe enthält, wie man Schafe anschafft, einzig und allein die Preiszahlung als Bedingung des Eigenthumsübergangs anführt, eine Kreditirung durch stipulatio aber mit keiner Silbe erwähnt. — Soll eine Vermuthung über die Entstehungszeit jener alternativen Zulassung des fidem sequi durchaus aufgestellt werden, so wäre ich geneigt dieselbe viel später, in die Periode der klassischen Jurisprudenz, zu setzen; und zwar mit Rücksicht darauf, daß noch Gajus, wo er sich mit unseren Rechtsregeln eingehend beschäftigt (s. unten die L. 53. D. contr. emt.), zwar von solutio und von den verschiedenen Arten der satisfactio handelt, nicht aber von Kreditirung; wogegen Ulpian in einem hierhergehörigen Fall gleich von vornherein die Kreditirungsfrage in's Auge faßt und seiner Entscheidung zu Grunde legt: et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit, enimvero si non abiit, . . . vindicare me posse;[21]) die der Zeitfolge nach zwischen Beiden stehenden Juristen (s. die einschlägigen Stellen in Note 18) gedenken in den uns erhaltenen dießbezüglichen Fragmenten nur zum Theil auch der Kreditirung, jedoch ist aus

---

[19]) Es ist auch grammatisch richtiger, zu stipulatio und solutio dasselbe Subjekt hinzuzudenken, als so zu konstruiren: neque in omnibus satis est stipulatio *(venditoris)* aut solutio *(emtoris)*.

[20]) Bei res mancipi bedarf es noch der Manzipation, für res nec m. wird die Tradition von Varro stillschweigend vorausgesetzt. **Puchta**, Inst. II. S. 626, Note s, **Leist** S. 124.

[21]) S. die unten näher zu besprechende L. 5. §. 18. D. tribut. act.

der Nichterwähnung derselben natürlich im Allgemeinen kein Schluß gestattet, wo sie nicht in dem Maße auffallen muß, wie das oben bei Gajus der Fall ist.

Wie nun dieses fidem sequi, in creditum ire u. s. w. im Sinn der Römer zu nehmen sei, ist gleichfalls zweifelhaft: ob nämlich dazu schon das formlose Kreditiren des Kaufpreises genügte, oder ob das creditum einen obligatorischen Formalakt, also insbesondere stipulatio, vorausgesetzt habe. Für die klassische Zeit scheint mir Letzteres das Wahrscheinlichere; außer den Gründen, die Heimbach[22]) dafür beigebracht hat, kommt nämlich gerade für unseren Fall (Kreditum beim Kauf) noch Folgendes in Betracht: Die Kreditirung des Kaufpreises wird, wie wir gesehen, als Bedingung des Eigenthumsübergangs alternativ neben die (solutio oder) satisfactio gestellt; wäre nun unter jenem fidem sequi jedwedes formlose Kreditgeben mitinbegriffen, dann würde dieses in seinem weiteren Kreis zugleich alle Fälle, wo satisfactio stattfand, hereinziehen, und die Erwähnung der letzteren als Alternative neben dem creditum hätte in der That keinen Sinn; denn überall, wo von Sicherheitsbestellung an den Verkäufer die Rede ist, wird ja ebendadurch vorausgesetzt, daß der Preis, für den ein Pfand &c. angenommen wurde, von diesem gestundet worden ist, es müßte also der bewußte Satz der XII Tafeln hier immer schon deßhalb cessiren, weil der Verkäufer fidem emtoris secutus est. — Wie dem aber auch sein möge, nach heutigem Recht genügt jedenfalls jedes formlose Kreditabkommen,[23]) um den sofortigen Eigenthumsübergang auf den Käufer zu bewirken. Unter welchen Voraussetzungen aber ein solches anzunehmen sei, darüber sind nicht Alle einig.[24]) Gewiß bedarf es dazu keiner ausdrücklichen Verabredung, es genügt das beiderseitige Einverständniß dahin, daß Käufer für den Betrag des Preises dem Verkäufer Schuldner werde. Manche gehen jedoch weiter, indem sie schon dann Kreditirung des Kaufpreises annehmen,

[22]) Die Lehre von dem Kreditum, S. 80, 417—425.

[23]) Daher wird h. z. T. bei Reproduktion unserer Rechtssätze die satisfactio allgemein mit Recht weggelassen und der Eigenthumsübergang lediglich auf die Alternative: Zahlung oder Kreditirung gestellt.

[24]) S. dazu Cropp, Heise und Cropp's juristische Abhandlungen Nr. XXI, Leist S. 216 f.

wenn nur der Verkäufer trotz Nichtempfang desselben erweislich den Eigenthumsübergang gewollt hat,[25]) wo also nicht sowohl der Preis, als vielmehr die Waare das Objekt des Kreditvertrags war;[26]) und in bewußtem Gegensatz zum römischen Recht wird neuestens behauptet, „heutzutage müsse lediglich der Parteiwille entscheiden, der Eigenthumsübergang erfordere nicht mehr Zahlung oder Preiskreditirung";[27]) und nur das Eine wird hiebei doch noch festgehalten, daß jener Parteiwille ohne Zahlung oder Kreditirung nicht zu vermuthen sei, also dann immer besonders nachgewiesen werden müsse. Die Richtigkeit dieser Sätze für das heutige gemeine Recht mag dahingestellt bleiben, römisch sind sie gewiß nicht; uns aber interessirt daran vor Allem, daß sich darin — im Einklang mit unserer Gesammtauffassung der einschlägigen Rechtsregeln — die unzweideutige Tendenz manifestirt, diese immer mehr und mehr zu verflüchtigen, auch diejenigen Konsequenzen derselben abzustreifen, die das neueste römische Recht noch übrig gelassen hat.

Nun zur anderen Ausnahme, dem obigen Satz 1), wonach für unsere Frage satisfactio der solutio gleichstehen soll. Auch bezüglich dieses Satzes wird mit Recht angenommen, daß er nicht, oder doch nicht ganz aus den XII Tafeln herrühre, trotzdem daß das „quod cavetur quidem lege XII tabularum" in §. 41. Inst. cit. grammatisch allerdings mit auf die zweite Alternative („vel alio modo ei satisfecerit etc.") bezogen werden kann. Denn ein Blick auf L. 53. D. cit. (Gajus)

Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fidejussor datus sit. Quod autem de fidejussore diximus, *plenius acceptum est*, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset

beweist, daß jedenfalls nicht jede Form der satisfactio schon nach den XII Tafeln der solutio gleichwirksam zur Seite stand. Gajus, dem

---

[25]) Puchta, Cession I. Seite 462, Strempel, justa causa Seite 86, Cropp a. a. O.

[26]) Leist S. 218.

[27]) Bekker a. a. O. S. 258. Schon früher hatten dieß behauptet Büsch, Darstellung der Handlung (3. Aufl.) II. Seite 384 f. und (auf einem Umweg) Mevius, Decis. p. IV. dec. 206, 280.

die XII Tafelgesetze vorlagen, hätte sonst unsere Frage gar nicht in der obigen Weise behandeln können; die Art seiner Ausdrücke läßt unzweifelhaft erkennen, daß er von der Doktrin entwickelte und zur Geltung gebrachte Sätze vorträgt (plenius *acceptum est*). Es muß vor Gajus eine Zeit gegeben haben, wo zwar die Stellung eines fidejussor,[28]) nicht aber eines expromissor oder pignus für den Eigenthumsübergang ausreichend war, denn letzteres ist ersterem gegenüber „*plenius* acceptum". Also der Gesammtinhalt des §. 41. cit. Satz 1) reicht keinesfalls in die XII Tafeln hinauf, — ob aber doch Etwas davon?

Wir dürfen dabei soviel als feststehend betrachten:[29]) der allgemeine Begriff und Ausdruck „satisfactio" (offenbar ein Produkt wissenschaftlicher Abstraktion) kam in den XII Tafeln nicht vor, also auch nicht der allgemeine Gedanke, daß der Eigenthumsübergang von der „Befriedigung" des Käufers bedingt sei; was aber einzelne konkrete Formen dieser Befriedigung betrifft, so ist es wieder gewiß, daß die XII Tafeln an unserer Stelle weder von Bestellung eines expromissor oder pignus, noch auch eines fidejussor etwas enthielten. Was bleibt nun noch übrig? Wenn man mit Leist der Meinung ist, die XII Tafeln müßten durchaus einen Fall der (später so genannten) satisfactio hier aufgeführt haben, so bleibt freilich nur die weitere Annahme übrig, es sei dieß die ältere Form der Verbürgung, sponsio (und etwa auch fidepromissio) gewesen. Allein für diese Annahme läßt sich schlechterdings kein Beweis erbringen, und für jene Supposition gibt es von unserem Standpunkt aus gar keinen Grund. Denn wir halten (im direkten Gegensatz zu Leist) den Satz, daß Verkaufstradition ohne Zahlung kein Eigenthum überträgt, an sich für singulär und auffallend genug, um dessen Aufnahme in die XII Tafeln gerechtfertigt zu finden, auch wenn ihm keine speziellen Restriktionen hinzuzufügen waren; bringt man aber den Gedanken an das Vorhandengewesensein solcher Restriktionen in den XII Tafeln nicht schon von vornherein zu unserer Unter-

---

[28]) Vgl. auch Ulpian in L. 5. §. 18. D. cit... nisi aere soluto vel fidejussore dato, vel alias satisfacto . . .

[29]) Ich beziehe mich dafür auf die Ausführungen Leist's (a. a. O. S. 88—101), deren Ergebnisse, insofern sie bloß negativ sind, mir überzeugend erscheinen.

suchung mit, so wird man keinen genügenden Anhaltspunkt finden, die sponsio (und fidepromissio) unserem alten Rechtssatz einzuverleiben.[30]) Entschieden dagegen aber spricht namentlich der Umstand, daß weder die Institutionen noch Theophilus, wo sie von der satisfactio sprechen und Beispiele dafür aufzählen, darunter der Bürgenstellung Erwähnung thun, was sicher geschehen wäre, wenn sie, die sich doch beide ausdrücklich auf die XII Tafeln beziehen, darin neben der solutio gerade nur eine Form der Verbürgung gefunden hätten. — Mir scheint demnach auch der obige Satz 1) seinem ganzen Inhalt nach[31]) Produkt einer späteren Rechtsentwicklung zu sein: nachdem man zuerst die Bürgenstellung an Stelle der Zahlung hatte treten lassen, wendete man das Prinzip „satisfactio pro solutione est"[32]) durchgehends auf unsere Fälle an und bildete die Regel, daß jenes alte Eigenthumsreservat der XII Tafeln wegfalle, wenn dem Verkäufer für seine Preisforderung anderweitig ausreichende Sicherheit gewährt ist, sei es durch Obligirung einer dritten Person oder einer Sache. Und von hier aus ging man nur einen Schritt weiter, indem man dasselbe auch für den Fall des obigen Satzes 2) gelten ließ: auch die Sicherheit sollte dem Verkäufer genügen, die ihm aus dem creditum in der strengen actio certae pecuniae erwuchs.

Wenn es mit dem bisher Ausgeführten seine Richtigkeit hat, so läßt sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit behaupten: die XII Tafelstelle, auf welche Justinians Institutionen und Theophilus verweisen, sprach den Satz aus,[33]) daß die erfolgte Preiszahlung juris conditio einer wirksamen

---

[30]) Leist selbst muß dieß indirekt zugeben, indem er sagt: „Die XII Tafeln müssen, wenn wir überhaupt Gründe haben, in ihnen bereits die Anerkennung einer der solutio gleichgestellten satisfactio zu suchen, von der ... sponsio gesprochen haben." S. 100.

[31]) Ebenso Dirksen, XII Tafelgesetze, S. 500 und Schrader l. c.

[32]) L. 52. D. de solut., L. 9. §. 3. D. pign. act. vgl. schon die alten Formeln bei Cato de R. R. 144—150.

[33]) Auch diesen Grundstock unserer Rechtsregeln aus den XII Tafeln hinauszuweisen, wie Puchta (Inst. II. S. 677, N. f.) will, dafür scheint mir denn doch kein Grund; angesichts der so bestimmten Aussagen Justinians und Theophils kann man wohl behaupten: „vix tamen sine temeritatis crimine tam apertum Nostri testimonium in dubium vocabis." Schrader, p. 217, Leist S. 93. Gewiß

Eigenthumsübertragung[34]) der Waare an den Käufer sei. Dieser Satz ist durch späteres Gewohnheitsrecht schrittweise so weit eingeschränkt worden, daß es nach dem Recht der klassischen Zeit bereits im Belieben der Parteien steht, seine Wirksamkeit durch Abschließen eines formellen Kreditvertrags oder durch formloses Kreditübereinkommen mit satisfactio auszuschließen.

Wo aber keine dieser drei alternativen Bedingungen (solutio, satisfactio, creditum) zutrifft, da wird der Käufer kraft jenes XII Tafelgesetzes aus der Tradition nicht Eigenthümer, sondern nur Besitzer; und somit stehen wir vor dem zweiten Theil unserer Aufgabe, indem wir fragen, welchen Grad rechtlichen Schutzes dieses Besitzverhältniß nach neuestem römischen Recht genießt.

Der geringste Grad rechtlichen Schutzes, der einem Besitzverhältniß gewährt wird, die Interdikte, müssen dem unsrigen selbstverständlich zukommen, da die Thatsache der Tradition, auf die sich der Besitz hier gründet,[35]) die Fehlerhaftigkeit desselben ausschließt. Die entscheidende

---

ist aber, daß der Stand der Quellen nicht geeignet ist, einen auch nur halbwegs plausiblen Restitutionsversuch zu ermöglichen; die bei Dirksen S. 500, 501 mitgetheilten beschränken sich darauf, unsere Institutionenstelle (ohne jede Kritik ihres Inhalts) in mehr oder weniger alterthümliches Latein zu übertragen.

[34]) Als Form dieser Eigenthumsübertragung ist im Sinn der XII Tafeln (in denen schwerlich von traditio die Rede war) die Manzipation zu denken; man kann ebensowenig annehmen, daß unser Rechtssatz ursprünglich auf res nec mancipi und deren traditio beschränkt war (s. Leist S. 113), als daß er, wenngleich ursprünglich nur für die Manzipation ausgesprochen, auf jene nicht gleichfalls angewendet worden sei (Varro l. c. II. 5, Leist S. 123 f.); ebenso stand gewiß der Erwerb des in bonis durch Verkaufstradition einer res mancipi unter denselben Regeln. (L. 38. §. 2. D. liberal. causa.) Die Institutionen, für die es diese Unterschiede nicht mehr gab, konnten einfach sagen „venditae vero res et traditae."

[35]) Daß es auch Fälle gebe, wo die behufs Erfüllung eines Kaufvertrags vorgenommene Tradition nur abgeleiteten Besitz, oder gar nur Detentiou begründe, wie Strempel a. a. O. §. 11 behauptet, ist unbegründet: die beiden hierher bezogenen Fälle sind: die einstweilige Uebergabe des Kaufobjekts an den Käufer als *precarium*, und in die Miethe. L. 20. D. de precario, und L. 16. D. de periculo, L. 20. §. 2, L. 21, 22 pr. D. locati. Allerdings erwirbt der Käufer hier nur abgeleiteten Besitz, resp. Detention durch eine Tradition von Seite des Verkäufers — aber diese Uebergabe erfolgt nicht auf Grund des Kaufvertrags, sondern aus der locatio conductio, resp. dem precarium (welches ja im neueren

Frage für den pretio non soluto. besitzenden Käufer aber ist die, wie er gegenüber der fortdauernden dinglichen Berechtigung des Verkäufers steht. Letzterer kann seine Sache in jedem Augenblick, der zwischen Tradition und Zahlung liegt, vindiziren; ist diese ipso jure begründete Vindikation auch unserem Besitzer gegenüber schlechthin wirksam? — Es soll im Folgenden gezeigt werden, daß der Käufer seinen Besitz gegen diese Vindikation in der Regel wirksam vertheidigen kann, und zwar durch exceptio rei venditae et traditae.

Diese Einrede ist bekanntlich ein spezieller Fall der exceptio doli (wird gelegentlich auch so genannt, z. B. in L. 17. D. de evictionibus), was von dieser gilt, gilt daher auch für jene. Exceptio doli aber tritt bekanntlich gerade dann der Eigenthumsklage wirksam entgegen, wenn diese zwar an sich begründet ist, der Besitz des Beklagten aber, als das Resultat eines zwischen diesem und dem Kläger abgeschlossenen, seiner Natur nach auf Eigenthumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäfts, auf den Schutz der Gesetze Anspruch hat. So steht exceptio doli u. A. der vindicatio desjenigen entgegen, der eine Sache unter der Suspensivbedingung, daß eine gewisse Ehe erfolge, in dotem gegeben hat; erst wenn die Bedingung defizirt hat, soll er vindiziren können:

L. 8. D. de cond. causa data (12, 4) . . . repetitio non est.

L. 7. §. 3. D. de jure dot. (23, 3) . . . si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse (also suspensiv bedingte Tradition), nuntio remisso statim eas vindicabit; sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli, aut in factum . . .

Aus diesen beiden Pandektenstellen hat man die allgemeine Regel abstrahirt,[36]) daß die pendente conditione angestrengte Vindikation

Recht den Kontrakten analog behandelt und der donatio und dem commodatum an die Seite gestellt wird. L. 1. §. 2, 3. D. h. t.) Die Tradition hingegen, welche den Kaufvertrag erfüllen soll, erfolgt hier erst nach geschehener Zahlung, und zwar, wenn das Mieth- oder Leihverhältniß noch besteht, brevi manu. — Vgl. L. 16. cit. . . . non videtur *traditus* is, cujus possessio retinetur per locationem a venditore.

[36]) Vangerow I. §. 343, Sell, bedingte Traditionen S. 21 f., A. M. Meyerfeld, Schenkungen I. S. 396.

des Eigenthümers, der unter Suspensivbedingung tradirt hat, jedesmal durch exceptio doli (beziehungsweise exc. r. v. et tr.) abgewehrt werden könne. Wäre diese Abstraktion richtig,[37]) so ergäbe sie, auf unseren Fall analog angewendet, die Richtigkeit der obigen Behauptung; denn unser Käufer besitzt bis zur Zahlung quasi pendente conditione, wie der Empfänger der Dotalsache vor Schließung der Ehe. Allein diese Analogie mag an und für sich nicht zureichen, unseren Satz zu beweisen, wenn nicht die Quellen andere sichere Anhaltspunkte bieten. Solche aber finde ich in zwei Quellenfällen, die mit dem unsrigen darin übereinstimmen, daß ein Käufer nec vi nec clam nec precario in den Besitz der gekauften Sache kommt, ohne doch deren Eigenthümer zu werden; nämlich:

a) Der Käufer hat die Waare, ehe sie ihm ex vendito tradirt wurde, anderweitig sine vitio (z. B. durch Schenkung a non domino) in seinen Besitz gebracht.

b) Die Waare wurde dem Käufer im Namen des Verkäufers, aber gegen dessen Willen tradirt; die Tradition hatte also keinen Eigenthumserwerb begründen können.

Zwischen diesen beiden Fällen und dem uns vorliegenden herrscht in den hier wesentlichen Punkten analoge Uebereinstimmung; wenn nun die Quellen dem Besitzer unter a) und b) gegen die vindicatio des Eigenthümers ausdrücklich exceptio doli geben, so ist das ein Grund mehr, dasselbe auch für unseren Fall zu behaupten; daß sie aber dieß thun, ergibt sich aus

ad a) L. 1. §. 5. D. de exc. rei vend. et trad. (21, 3) Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem, nisi forte venditor justam causam habet, cur rem vindicet; nam etsi tradiderit possessionem, fuerit autem justa causa vindicanti (vindicandi), replicatione adversus exceptionem utetur.

---

[37]) Daß sie es in dieser Allgemeinheit sei, läßt sich darum wohl mit Grund bezweifeln, weil der Fall, von dem hiebei ausgegangen wird, gerade die dotis datio ist, also der Gedanke an eine Singularität in favorem dotis nahe liegt, der überdieß durch den Schlußsatz der L. 7. cit. (doti enim destinata non debebunt vindicari) unterstützt wird.

Also die exceptio r. v. et tr. ist hier jedenfalls an sich begründet; daß sie unter Umständen durch replicatio doli unwirksam gemacht werden kann, worauf unten zurückzukommen sein wird, ändert hieran selbstverständlich nichts.

ad b) L. 14. D. Publ. (6, 2) Papinianus libro sexto quaestionum scribit: si quis prohibuit vel denuntiavit ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilo minus tradiderit, *emtorem tuebitur praetor,* sive possideat, sive petat rem . . . *exceptione: . . . „si non auctor meus ex voluntate tua vendidit."*

Eine spezielle Ausnahme hievon enthält L. 1. §. 2. D. de exc. r. v. et tr. Wenn nämlich der Herr seinem procurator ausdrücklich befohlen hatte die Vorsicht zu beobachten: ne traderetur antequam pretium solvatur, so soll jener durch den Leichtsinn des dieser Anordnung zuwiderhandelnden Mandatars nicht in die mißliche Lage gebracht werden, in der er sich dem besitzenden Käufer gegenüber sonst befände; für diesen Fall entzieht das Gesetz der exceptio des Käufers ihre Wirkung.

Dieselbe L. 1. §. 2. cit. aber scheint mir den zu beweisenden Satz selbst, wenn auch nur implizite, zu enthalten:

Si quis rem meam mandato meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio, nisi probetur me mandasse, ne traderetur antequam pretium solvatur (Ulpian).

Unsere Einrede soll dem Verkäufer nicht schaden, wenn bewiesen wird, daß er den Auftrag gegeben hatte, es solle vor erfolgter Zahlung nicht tradirt werden. Wie aber, wenn er diesen Auftrag nicht gegeben hat? Wie, wenn er gerade das Gegentheil gethan, wenn er befohlen hätte, es solle — ohne Rücksicht auf erfolgte oder nicht erfolgte Zahlung[38]) — tradirt werden? Die Antwort muß nach Ulpian noth=

[38]) Man darf nicht behaupten wollen, daß darin ein Kreditiren des Kaufpreises enthalten sei, auch nicht von dem oben bekämpften Standpunkt aus, wonach das römische Recht schon auf formlosen Kreditvertrag hin den Eigenthumsübergang hätte erfolgen lassen: denn wer sich in einem bestimmten Moment der Preiszahlung gegenüber indifferent verhält, vielleicht gar nicht daran denkt, daß sie noch nicht erfolgt ist, der kreditirt den Preis in diesem Augenblick gewiß nicht; der ältere Irrthum, daß in der bloßen Hingabe der Waare ohne sofortigen Empfang des Entgelts schon Kreditirung des Preises liege (Seuffert, Erörterungen II. S. 26, Cropp a. a. O. S. 430 f.), ist oben schon gerügt.

wendig lauten: *nocebit exceptio.* Und dasselbe muß gelten, wenn wir den procurator streichen und die Tradition durch den Verkäufer selbst (ohne Rücksicht auf die Preiszahlung) vornehmen lassen, denn nihil interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius. (§. 42. J. de rer. div.) Das Mandatsverhältniß ausgeschieden, ergibt also unsere Stelle den Satz: Wenn ich meine Sache verkauft und ohne Zahlung (satisfactio oder Kreditirung) tradirt habe, so steht doch meiner etwaigen Vindikation die exceptio rei vend. et trad. entgegen.

Soll aber diese Einrede wirksam sein, so muß der exzipirende Käufer nunmehr die Zahlung der Kaufsumme offeriren, denn sonst erschiene er seinerseits dem Vindikanten gegenüber dolos, indem er den Besitz der Waare und deren Preis behalten wollte (L. 17. D. commodati); und dieß würde ihn von Seiten des Käufers, der nun allerdings justam causam vindicandi hätte, einer replicatio doli aussetzen,[39]) deren Wirkung der Verlust des Prozesses sein müßte. — Darin liegt jetzt praktisch der Hauptwerth des dem Verkäufer gesetzlich reservirten Eigenthums, daß er den besitzenden Käufer jederzeit bei Verlust dieses Besitzes zur Erfüllung seiner Zahlungspflicht anhalten kann; sein Eigenthum ist seit Zulassung jener exceptio doli[40]) gleichsam zum Pfandrecht degradirt, es ist nicht mehr stark genug, um dem aus der Tradition Besitzenden — wenn er anders am Behalten der Sache ein Interesse und die Mittel zur Preiszahlung hat — diesen Besitz zu entreißen. Der Verkäufer hat seine Sache tradirt, damit sie der Nehmer haben und behalten solle, denn das ist der Sinn der

---

[39]) Replicatione adversus exceptionem utetur. L. 1. §. 5. D. cit. in fine; nach Analogie der *exceptio* doli, die dem ex emto klagenden Käufer entgegensteht, wenn er das pretium rei nicht entweder schon bezahlt hat, oder doch mit Anbringung der Klage zugleich anbietet: Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur ... venditor enim *quasi pignus* retinere potest eam rem, quam vendidit. L. 13. §. 8. D. act. emt. v. cf. L. 25 eod.; Gaj. IV. §. 126. So muß der Pupill, welcher eine ohne auct. tutoris verkaufte Sache vindizirt, zugleich den Kaufpreis, um den er bereichert erscheint, offeriren. L. 9. C. usuc. pro emt. 7, 26. Vgl. Brandis in Linde's Zeitschr. VII. S. 176 f.

[40]) Welche bekanntlich aktiv und passiv auf alle Rechtsnachfolger übergeht. L. 2, 3. D. exc. r. v. et tr. L. 4. §. 32. D. doli mali exc.

Eigenthumstradition; in diesem Haben und Behalten nun soll er nicht gestört werden, und zwar — falls er durch Anbieten des Preises den Vorwurf des Dolus von sich abgewälzt hat — auch nicht vom Tradenten selbst. Das ist der Grundgedanke des Rechtsmittels, wodurch der Prätor hier den Besitzer gegen den Eigenthümer schützt. — Durch das „emtorem tuebitur praetor" ist dem Verkäufer freilich der eigentliche Kern seines Eigenthums, die durchgreifende rechtliche Macht über die Sache, wo immer sie sich befinde, genommen; trotzdem aber ist ihm auch jetzt noch, abgesehen von dem eben angegebenen Vortheil, ein erheblicher Rest der Wirkungen seiner dinglichen[41]) Berechtigung geblieben:

1) er hat wirksame R. V. gegen jeden Besitzer seiner Sache, der nicht Rechtsnachfolger des Käufers ist;

2) ist er irgendwie sine vitio wieder zum Besitz gelangt, so steht ihm im Allgemeinen gegen jeden Angriff exceptio dominii, insbesondere gegen die Publiziana des Käufers (s. unten) exceptio doli zu;

3) gerade wo es ihm am wichtigsten sein muß, eine wirksame dingliche Klage zu haben, weil alle persönlichen in der Regel nicht zureichen, im Fall des Konkurses des Käufers, steht seiner Vindikation nichts entgegen. Das ergibt sich schon aus Obigem, denn für den insolventen Käufer, der die Preiszahlung nicht offeriren kann, ist die exc. r. v. et tr. kein Schutz; und es wird bestätigt durch L. 5. §. 18. D. tribut. act. (14, 4), wo die Vindikation der zum Vertrödeln gegebenen Waare — ein Fall, der dem Verkauf durchaus analog ist —

[41]) Sein Verhältniß zum Käufer auf dem Boden des Obligationenrechts bestimmt sich durch Folgendes: a) er hat die actio venditi auf Zahlung des Preises und eventuell Leistung des Interesse. L. 13. §. 19. D. h. t. 19, 1. b) ihm gebühren vom Zeitpunkt der Tradition an die Zinsen des rückständigen Kaufpreises. L. 13. §. 20, 21. D. eod., L. 2, 5. C. de usuris. 4, 49. c) er ist, so lange der Preis nicht gezahlt ist, zur Eviktionsleistung nicht verbunden, sondern hat gegen den betreffenden Anspruch des Käufers exceptio doli. L. 11. §. 2. D. h. t. d) Die Gefahr der Sache steht beim Käufer. L. 4. C. de periculo, 4, 48. — Dagegen kann der Verkäufer seine Sache nicht etwa mittelst einer condictio wiedererlangen; denn alle Kondiktionen setzen voraus, daß der Geklagte schuldig sei, seine Sache an den Kläger herauszugeben (dare opportere), Niemand aber kann sein Eigenthum durch condictio restituirt erhalten (außer vom Dieb). L. 12. D. usufr. quemadmod., Gaj. IV. §. 4. cf. L. 15. D. cond. causa data.

aus der Gantmasse zugelassen wird, falls der Geber dem Nehmer nicht kreditirt hatte.[42]) —

Dem defensiven Schutz unseres Besitzverhältnisses durch exc. r. v. et tr. tritt der offensive, den ihm die Publiziana gewährt zur Seite. Daß diese Klage dem pretio non soluto empfangenden Käufer im Allgemeinen gestattet wird, sagt die L. 8. D. Publ. (6, 2), es kann sich also hier nur darum handeln, welches in concreto die Voraussetzungen derselben gerade für unsern Fall sind:

Ut igitur Publiciana competat haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res emta sit tradita. L. 7. §. 16. D. h. t. Praetor ait: *qui bona fide emit.* §. 11 eod.

Also nur dann wird unser Käufer die Publiziana haben, wenn man von ihm sagen kann, bona fide emit; und da wir voraussetzen, daß — den Mangel der Preiszahlung u. s. w. ausgenommen — Alles in Ordnung sei, so stellt sich unsere Frage dahin: unter welchen Umständen ist b. f. des Käufers mit der Thatsache des pretium non solutum verträglich?

Da hängt nun natürlich Alles davon ab, wie man den Begriff der b. f. faßt; geht man mit der (namentlich seit Möllenthiel) herrschend gewordenen Meinung davon aus, daß es ohne die Ueberzeugung Eigenthümer zu sein[43]) keine b. f. gebe, so muß man dieselbe, als Bedingung des publizianischen Rechts, auch von unserem Käufer verlangen. Und sie kann bei ihm entweder darauf beruhen, daß er das Recht des §. 41. Inst. cit. nicht kennt: dann aber stützt sich dieses sein (irriges) Bewußtsein auf einen Rechtsirrthum, und ein solcher vermag bekanntlich rechtlich wirksame[44]) b. f. nicht zu erzeugen, — oder aber sie

---

[42]) Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videamus, ne iniquum sit in tributum me vocari; et si quidem in creditum ei abiit (abii), tributio locum habebit: enim vero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero (tradidero?), nisi aere soluto vel fidejussore dato vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse. S. dazu Heimbach S. 423, Leist S. 252 f.

[43]) ... ut credat se dominum esse (L. 13. §. 1. D. h. t.) B. f. emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse (L. 109. D. V. S) cf. L. 38. D. usucap. u. a. m.

[44]) L. 2. §. 15. D. pro emtore, L. 31. pr. D. usucap.

beruht auf Nichtkenntniß derjenigen thatsächlichen Umstände, die ihn im konkreten Fall am Eigenthumserwerb gehindert haben, und nur dann kann ihm die Publiziana gestattet werden. Er müßte sich also für den Eigenthümer halten, weil er dafürhält: entweder daß der Preis gezahlt sei, oder daß der Verkäufer ihm kreditirt habe, oder daß ihm die Sache nicht ex vendito, sondern aus einer andern causa dationis übergeben sei.

Allein dieser allzu äußerlichen Auffassungsweise hat sich in neuerer Zeit mit Recht eine andere gegenübergestellt, die das Wesen der bona fides tiefer zu fassen sucht.[45]) Den Ausgangspunkt bilden einige Quellenstellen, welche Usukapion zulassen, also b. f. anerkennen, wo doch der Glaube Eigenthümer zu sein offenbar mangelt:

L. 3. D. pro donato. Si vir uxori, vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere.

L. 25. D. de don. i. v. e. ux. Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, confestim ad usucapionem ejus uxorem admitti.

In beiden Fällen mußte der beschenkte Theil wissen, daß er nicht Eigenthümer sei, da die don. i. v. e. ux. nichtig ist, und doch usukapirt er.[46])

Ferner:[47]) L. 28. D. de noxal. act. . . . usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam; und:

L. 5. D. pro derel. Nam et si tibi rem ab uxore donatam

---

[45]) Stintzing, das wahre Wesen von b. f. und justus titulus, Scheurl, Beiträge I. S. 66 f., Burckhard, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß n. f. XXI. S. 287 f., s. auch Goldschmidt, über den Erwerb dinglicher Rechte vom Nichteigenthümer u. s. w. S. 146 f.

[46]) Ueberall ist übrigens eine res aliena vorausgesetzt; denn die Schenkung der eigenen Sache kann darum nicht zur Ersitzung führen, weil dadurch der schenkende Gatte eine Vermögensminderung litte, und dieser Erfolg vom Gesetz verpönt ist. L. 3. cit., L. 5. §. 16. h. t.

[47]) Vgl. auch L. 44. §. 4. D. usurp., wo der Usukapient nicht einmal jur. Besitzer zu sein glaubt. Brinz I. S. 212 f. und Vat. Fragm. §. 1, Burckhard a. a. O. S. 289, 299, 300, 302.

sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est (sc. me usucapturum constat).

Die letzte Stelle ist besonders bemerkenswerth, da sie einen Grund für die scheinbare Anomalie angibt: quia quasi *volente et concedente domino* id faceres. Ich weiß zwar, daß ich nicht Eigenthümer geworden bin, aber ich weiß auch, daß der Eigenthümer (die Ehefrau) es zufrieden ist, daß mein Auktor (ihr Gatte) über die Sache — zu meinem oder eines Anderen Gunsten — verfüge; das hat sie durch die Schenkung an diesen hinreichend an den Tag gelegt. Ein so friedliches Verhältniß nimmt der Jurist mit Recht Anstand, unredlichen Besitz zu nennen. Ganz dasselbe läßt sich auch von dem Fall der L. 3. cit. und L. 25. cit. sagen: Der Mann besitzt die ihm von der Frau geschenkte Sache zwar nicht in der Meinung Eigenthümer zu sein, aber doch auch quasi concedente domino, insofern er nämlich die Frau für den dominus hält, da er nicht weiß, daß die Sache eine fremde ist; denn letzteres muß in beiden Fällen subintelligirt werden, da sonst die Ersitzung wegen offenbarer m. f. ausgeschlossen wäre.

Anders motivirt sich die Entscheidung der L. 28. D. cit.: Durch noxae datio von Seiten des non dominus wird der Sklave, der so in meinen Besitz kommt, natürlich nicht mein Eigenthum. Aber mein Besitz ist nicht das Resultat einer freien Veräußerungshandlung meines Auktors, (zu welcher er als Nichteigenthümer, sei er auch b. f. possessor, materiell nicht berechtigt wäre), sondern eine Folge des vom Sklaven angerichteten Schadens, der noxa — einer Thatsache, die auch der Eigenthümer anerkennen muß, die gegen ihn dieselben rechtlichen Wirkungen erzeugt, wie gegen den Besitzer. L. 21. C. de furt. 6. 2. Es ist also nicht einzusehen, wem durch meinen Besitz Unrecht geschehen soll? Meinem Auktor gewiß nicht, aber auch dem Eigenthümer nicht, da die Thatsache der noxa ihn, wenn er im Besitz gewesen wäre, gezwungen haben würde, mir gerade das zu leisten, was mein Auktor — darin gewissermassen sein negot. gestor[48]) — mir geleistet hat, nämlich die noxae datio.

Ich bin also nicht Eigenthümer, mag das auch wissen, besitze

---

[48]) Hieraus erklärt sich die der r. v. des dominus entgegenstehende exceptio doli: L. 27. §. 1. fin. D. de noxal. act.

auch nicht wie in den obigen Fällen concedente domino, aber die Thatsache meines Besitzes ist nach keiner Seite hin materielles Unrecht, und das weiß ich — warum sollte dieser Besitz unredlich genannt werden? Dieß thut Afrikanus nicht; indem er Usukapion gestattet, erkennt er bona f. an.

Diese Beispiele zeigen, daß die „opinio dominii“ dem Begriff der b. f. keineswegs wesentlich ist; vielmehr scheint sich zu ergeben, daß zum guten Glauben die „Abwesenheit eines unredlichen Bewußtseins“,[49]) also regelmäßig die Ueberzeugung genüge, daß in der Thatsache des Besitzens materiell kein Unrecht liege, was insbesondere dann zutrifft, wenn der Besitzer Ursache hat zu glauben, er besitze volente et concedente domino. B. f. wird also sicher vorhanden sein, wo der Besitzer sich als Eigenthümer glaubt,[50]) sie kann aber auch ohne diesen Glauben bestehen; derselbe macht zwar keineswegs das Wesen der b. f. aus, wohl aber ist er ein wichtiges (wenn gleich zuweilen fehlendes) Symptom derselben. Und es darf uns darum nicht Wunder nehmen, wenn unsere Quellenschriftsteller mit der ihnen eigenen Richtung auf das Praktische überall dort, wo sie von b. f. im Allgemeinen handeln, statt des Wesens der Sache das Haupterkennungsmittel derselben in den Vordergrund gerückt haben,[51]) was sie jedoch, wie wir gesehen, nicht hindert, in concreto das erstere klar zur Geltung zu bringen.

Wendet man diese Auffassung von b. f. an auf die oben aufgeworfene Frage nach den Bedingungen der Publiziana für den emtor pret. n. soluto, so muß sich die obige Antwort wesentlich modifiziren. Ein für allemal vorausgesetzt, daß der Käufer den Tradenten für den Eigenthümer der gekauften Sache hielt (ob mit Recht oder Unrecht ist gleichviel), so kann es sich nur um folgende Fälle handeln:

a) Der K. glaubt, der Preis sei gezahlt, oder es sei ihm kreditirt, hält sich daher nach der Tradition für den Eigenthümer.

---

[49]) Savigny, System III. S. 372.

[50]) Dieß bestreitet m. E. mit Unrecht Windscheid I. §. 176.

[51]) So auch in L. 109. D. de V. S.; denn aus dem Nachsatz: *aut* putavit ... habere mit Cujacius zu schließen: non omnem scientiam rei alienae esse m. fidem, scheint der Stelle Gewalt anthun — zumal da das gleich folgende: puta ... esse keinen Zweifel über den Sinn jenes „aut“ übrig läßt.

b) Er weiß, daß der Preis nicht gezahlt ist u. s. w., hält sich aber doch aus Unkenntniß des Gesetzes für den Eigenthümer.

c) Er weiß, daß der Preis nicht gezahlt ist u. s. w., kennt das Gesetz, und hält sich daher nicht für den Eigenthümer.

Im Fall a) ist schon nach Obigem jedenfalls b. f. vorhanden. Aber auch im Fall c) ist sie gewiß — mit Rücksicht auf die obige Rektifikation dieses Begriffs — anzunehmen. Denn der Fall c) ist eben auch einer von den Fällen, wo sich die Begriffe „bona fides" und „Glaube Eigenthümer zu sein" nicht decken; der Käufer ist hier gewiß überzeugt, daß in seinem Besitz kein Unrecht liegt: die Sache ist ihm tradirt, damit er sie haben solle, und zwar vom Eigenthümer selbst, also gewiß concedente domino; die Analogie des Falles mit den obigen Quellenbeispielen, namentlich mit L. 5. pr. D. pro derel. ist klar: hier wie dort hindert eine vom Käufer gewußte Thatsache den Uebergang des Eigenthums — dort die res ab uxore donata, hier das pret. n. sol. — aber in beiden Fällen besitzt der Käufer die Sache mit dem Willen des dominus; er hat keinen Grund zu einem unredlichen Bewußtsein. — Dasselbe muß denn auch für den Fall b) behauptet werden. Der auf Rechtsirrthum ruhende Eigenthumsglaube des Käufers ist zwar als solcher nicht im Stande b. f. zu begründen, wo sie fehlt, er kann sie aber auch nicht ausschließen, wo sie ganz ohne einen solchen Glauben (Fall c) bestünde.

Das Ergebniß also wäre, daß die Thatsache des pretium non solutum und die Kenntniß derselben sich bei unserem Käufer mit der b. f. allerdings vertragen, mithin die Frage nach dem Erfolgtsein der Zahlung für die nach der Zuständigkeit der Publiziana durchaus irrevelant ist. Dazu stimmt vortrefflich die Textirung unserer L. 8. D. h. t. . . quasi nec sententia Practoris ea sit, ut requiratur, an pretium sit solutum; es soll gar nicht darnach gefragt werden, der Prätor scheint sich darum gar nicht bekümmern zu wollen, ob u. s. w., jedenfalls soll daraus kein Argument gegen die b. f. — wenn diese nur nicht aus andern Gründen ausgeschlossen ist — hergenommen werden.

Demnach hat der Käufer *pr. n. s.* die Publiziana immer dann, wenn er durch sofortige Zahlung des Preises Eigenthümer oder *b. f. possessor* geworden wäre.

Er hat aber dieselbe wirksam nur gegen Dritte, nicht auch gegen

den Eigenthümer selbst. Dieß liegt schon im Geiste des Verhältnisses: wenn dem Käufer Dritten gegenüber der publizianische Schutz gewährt, wenn ihm b. f. zugeschrieben wird, so ist dieß — wie oben gezeigt — eben im Hinblick auf sein friedliches Verhältniß zum Auktor, das seinen Besitz als einen nicht widerrechtlichen erscheinen ließ, geschehen. Das ändert sich sehr, wenn nun zwischen dem Besitzer und seinem Auktor der Rechtsstreit ausbricht; da kann von volente domino besitzen nicht mehr die Rede sein. — Der Eigenthümer kann die Publiziana des Gegners durch exceptio doli[52]) entkräften, so lange dieser nicht gezahlt hat,[53]), wie nach L. 13. §. 8. D. de A. E. V. und L. 8. C. h. t. die Kontraktsklage.

Es erübrigt noch die sehr bestrittene und bei dem Mangel jedes positiven Quellenzeugnisses gar nicht absolut zu lösende Frage, ob es Bedingung der Ersitzung pro emtore sei, daß der Kaufpreis bezahlt oder kredidirt ist? — Da nach Obigem jener Mangel an sich kein Hinderniß der b. f. ist, so präzisirt sich die Frage für uns dahin: ist der titulus einer emtio pretio non soluto möglicherweise justa causa usucapionis, kann sich der b. f. possessor behufs Ersitzung auf den Kauf auch dann berufen, wenn der Preis im Zeitpunkt des Besitz- (eventuell Ersitzungs-) Anfangs weder gezahlt noch kreditirt war?[54])

Gewiß muß sie von denjenigen bejahend beantwortet werden, die im „justus titulus“ kein selbstständiges Requisit der Eigenthumsersitzung, sondern bloß gleichsam das Piedestal des guten Glaubens, den Rechtfertigungsgrund und die Garantie, daß derselbe kein „leichtsinnig gefaßter“ sei, erblicken. Denn wenn die b. f. allein das eigent-

[52]) Exc. dominii würde nicht genügen, da die Publiciana (gegen die allgemeine Regel: L. 16, 17. D. h. t.) in ähnlichen Fällen auch gegen den Eigenthümer wirkt, jene exceptio also überwindet; z. B. L. 7. §. 3, L. 12. pr. L. 14. D. h. t., L. 2. D. exc. r. v. et tr., L. 72. D. R. V.

[53]) Die einschlägigen Stellen lassen sämmtlich den Käufer nur pretio soluto mit der Publiciana durchdringen. L. 2. D. exc. r. v.: pretio autem soluto, L. 4. §. 32. D. doli mali exc., L. 72. D. R. V.

[54]) Nach der herrschenden Meinung wird die Frage verneint: Unterholzner, Verjährung I. S. 385, Vangerow I. S. 579, Sell, dingl. Rechte I. S. 181, Böcking, Inst. II. S. 110, Göschen, Vorles. II. S. 117, Windscheid I. §. 179, Leist §. 26. Dagegen insbesondere Sintzing a. a. O. S. 110 f., Scheurl a. a. O. II. S. 65 f.

liche Fundament der Usukapion ist, so kann man diese unserem Käufer — der seinen guten Glauben auf den in der Eigenthumstradition manifestirten Zuwendungswillen des wahren oder vermeintlichen Eigenthümers stützt — sicher nicht verweigern.[55])

Nun aber betrachtet die herrschende und, wie mir scheint, richtige Meinung den titulus keineswegs als ein bloßes accessorium, eine Qualität des guten Glaubens, sondern als ein selbstständiges Erforderniß der Ersitzung neben der bona fides (arg. namentlich L. 27. D. usucap.); die Sache steht so: Es wird eine Erwerbshandlung vorgenommen, deren Sinn und Tendenz ist, Eigenthum zu begründen, allein wegen irgend eines rechtlichen Gebrechens kann dieser Erfolg nicht erreicht werden; einem dergestalt mißlungenen Erwerb gegenüber verhält sich nun das Recht entweder definitiv ablehnend, oder aber bis zu einem gewissen Grad doch günstig: in gewissen Fällen und unter gewissen Voraussetzungen nämlich läßt das Recht trotz dieses Gebrechens jenen Erwerb mittelbar (durch Ersitzung) hinterher doch zu, indem es dem Interessenten gestattet, sich auf den ungültigen Erwerbsakt künftig zum Zweck der Usukapion zu berufen, — in andern Fällen wird auch dieß ausgeschlossen. Dort sagt man, jene Erwerbshandlung habe zwar (unmittelbar) kein Eigenthum bewirken können, aber sie gebe einen justus titulus usucapionis ab; hier heißt es, es fehle am Titel. Nun gibt es derlei rechtliche Gebrechen in großer Mannigfaltigkeit, und es ist unmöglich a priori zu sagen, welche von ihnen der damit behafteten Aquisitivhandlung jene unvollständige, mittelbare Wirksamkeit doch noch lassen, und welche ihr auch diese entziehen; darum ist es aber auch von vornherein unmöglich eine derartig ausreichende Definition für den Begriff des j. titulus zu geben, daß man dieselbe im Zweifel nur zu

[55]) So Stintzing, Scheurl a. a. O. Inkonsequent aber scheint es, wenn Windscheid, obschon ganz auf dem Boden dieser Auffassung stehend, gleichwohl behauptet, daß „beim Kauf auch Zahlung des Preises zum Titel erforderlich sei, ... da ohne dieselbe Eigenthum nicht übergeht." §. 179. N. 1. Denn, wenn wir mit Windscheid in der inneren Rechtfertigung der b. f. den Usukapionstitel sehen, wenn wir mit ihm behaupten, daß diese b. f. mit dem Glauben Eigenthümer zu sein nichts zu schaffen habe, was haben wir dann darnach zu fragen, ob das Rechtsgeschäft, woraus sich jene b. f. rechtfertigen soll, Eigenthum zu übertragen, also diesen Glauben zu erzeugen im Stande sei, oder nicht? —

Rathe zu ziehen brauchte, um zu entscheiden, ob eine gewisse, mit einem bestimmten Gebrechen behaftete Erwerbshandlung doch noch als j. titulus usucapionis brauchbar sei, oder nicht.[56]) Vielmehr muß in jedem gegebenen Fall erst untersucht werden, ob das Recht die eine oder die andere Wirkung gewollt habe.

So ist es auch mit unserem Fall des Kaufes pr. n. s. Der Umstand, daß der Preis nicht gezahlt ist, macht die erfolgte Tradition zur Erfüllung ihres Zweckes, der unmittelbaren Uebertragung des Eigenthums, untüchtig, ob er derselben auch jene andere Wirkung — Substrat einer künftigen Ersitzung zu sein — nimmt, das kann, da eine ausdrückliche Entscheidung fehlt, weder mit Bestimmtheit behauptet, noch geläugnet werden;[57]) aber es kann Gründe geben, die es (namentlich mit Rücksicht auf Entscheidungen verwandter Fälle) rathsamer erscheinen lassen, die eine Alternative, als dem Geiste dieser Parthie des Rechts entsprechender, der andern vorzuziehen.

Eine überwiegende Reihe von Gründen scheint mir nun dafür zu sprechen, daß dem pret. n. s. besitzenden Käufer — wenn sonst kein Hinderniß entgegensteht — die Ersitzung allerdings zu gestatten sei.

Zunächst schon, daß die Quellen, so sorgfältig sie sonst von Fall zu Fall die Bedingungen der Usukapion erörtern, bei der wichtigen usucapio pro emtore doch das Erforderniß der erfolgten Preiszahlung u. s. w. nirgends erwähnen. Denn die von Leist (a. a. O. S. 120 f.) als Beleg beigebrachte L. 38. §. 2. D. lib. causa (40, 12) beweist für unsere Frage nichts:[58]) wir erfahren daraus nur, daß verkaufs=

[56]) Gewiß wird Niemand z. B. aus der Definition von Brinz I. S. 208: „Ein Besitzerwerb, der seiner Art nach auch Eigenthumserwerb sein könnte" — entnehmen, ob er aus einem Kauf vom Dieb oder furiosus ersitzen könne oder nicht.

[57]) Wenn z. B. Sell I. S. 181 seine Ansicht, daß ante pr. sol. nicht usukapirt werden könne, „daraus erklärt, daß ... vorher gar kein Eigenthum übergeht, also auch ein giltiger Erwerbstitel für die Ersitzung darauf nicht gegründet werden kann" — so muß dagegen gesagt werden, daß sich mit dieser Formel alle justi tituli hinwegescamotiren lassen. Als z. B. der Kauf von einem Pupillen ohne auctoritas des Vormunds: denn ohne diese auctoritas geht kein Eigenthum über, „also" kann auch ohne sie kein giltiger Ersitzungstitel bestehen; s. aber L. 2. §. 15. D. pro emtore.

[58]) L. 38 cit. (Paulus). Quaesitum est, an emtor servo recte libertatem dederit nondum pretio soluto? Paulus respondit, servum, quem venditor

verloren hat: Als er noch in seiner ganzen Strenge galt, wie ihn die XII Taf. muthmaßlich enthielten, war keine ex venditione erfolgte Tradition als solche allein zureichend Eigenthum zu begründen, in allen Fällen mußte der Käufer darauf bedacht sein auch den Beweis der Zahlung bereit zu halten, um den Besitz der gekauften Sache gegen nachträgliche Angriffe des Verkäufers sicherzustellen; Eigenthumsübergabe auf Kredit, selbst gegen Sicherstellung, war unmöglich, stets blieb der Verkäufer rechtlich Herr der Sache. Dabei aber blieb es nicht; die alte Strenge ist in thesi schon soweit eingeschränkt worden, daß nach dem Recht der klassischen Zeit die Tradition auch pretio non soluto in den meisten, für den Verkehr wichtigsten Fällen sofort das Eigenthum überträgt. Wo aber diese Wirkung auch jetzt noch ausgeschlossen ist, da wird der Besitz des Käufers nicht nur im Allgemeinen den meistbegünstigten Besitzverhältnissen gleichbehandelt, sondern namentlich auch gegen den Verkäufer (und dessen Nachfolger) selbst so nachdrücklich geschützt, daß dieser, trotz des bei ihm verbliebenen Eigenthums, in der Regel außer Stande ist die tradirte Sache dem Empfänger wieder zu entreißen. Des Letzteren Verhältniß zur Sache steht an Umfang und Intensität des rechtlichen Schutzes dem Eigenthumsrecht in der That nur wenig nach.[64])

In der Zeit der klassischen Jurisprudenz hätte ein Rechtssatz, wie der in Obigem behandelte, der von Gesichtspunkten des Obligationenrechts ausgehend die freie Wirksamkeit dinglicher Verträge wesentlich beeinträchtigt, kaum entstehen können: als das Vermächtniß einer uralten, juristisch minder durchgebildeten Zeit aber konnte derselbe im Strom der Rechtsentwicklung und Fortbildung nur sehr allmälig — insofern er den Bedürfnissen und Einsichten späterer Zeiten zuwiderlief — überwunden werden. Wenn moderne Kodifikationen ihn ganz fallen lassen,[65]) so liegt diese Neuerung gewiß im Geist des römischen Rechts.

[64]) „*Quasi dominium* transfertur in emtorem, etiamsi non probet solutum pretium, aut sibi fidem habitam de pretio," bemerkt D. Gothofred zu L. 8. D. Publ. Wenn unser Käufer bei Verlust des Besitzes zur Preiszahlung gezwungen werden kann (s. oben), so steht er dadurch immer noch nicht schlechter, als der Eigenthümer einer mit Pfandrecht belasteten Sache.

[65]) Pr. L.-Rt. I. 11. §. 224, 230 f. (Koch I. §. 675. N. 13), Oesterr. Gb. §. 1063 (oben S. 79, N. 108), Code civ. a. 1583, cf. a. 2102 (dazu Renaud, krit. Zeitschr. f. ausl. R.-W. XVII. S. 219 f.), Sächs. Gb. §. 1094.

Druck von G. J. Manz in Regensburg.

